Inwieweit ist der Grundeigentümer, der sein Grundstück vertieft, dem Nachbar für den durch das Vertiefen entstandenen Schaden ersatzpflichtig?

Nach gemeinem Recht und dem Bürgerlichen Gesetzbuch.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

bei der Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

Franz Esser

Referendar in Oberkassel bei Düsseldorf.

ACAD. LAND BAT. BIBL.

Borna - Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1906.

Inhaltsverzeichnis.

Einleitung 1

Erster Teil.

Inwieweit darf der Grundeigentümer sein Grundstück vertiefen?

1. Kapitel. Die Interessenkollision benachbarter Grundeigentümer . . 6
2. Kapitel. Das Vertiefen und der Inhalt des Grundeigentums; Umfang des Gegenstandes des Grundeigentums 8
   a) Standpunkt des gemeinen Rechts 8
   b) Standpunkt des Bürgerlichen Gesetzbuchs . . . 11
3. Kapitel. **Beschränkung des Vertiefungsrechtes nach gemeinem Recht** 13
4. Kapitel. Der Eingriff in die fremde Rechtssphäre als Immission seine Zulässigkeit 14
5. Kapitel. Die Zulässigkeit von Eingriffen in die fremde Rechtssphäre, die nicht unter den Begriff der Immission fallen 23
6. Kapitel. Die operis novi nuntatio und das interdictum quod vi aut clam 44
7. Kapitel. **Die Beschränkung des Vertiefungsrechtes nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch** 27
8. Kapitel. Die Einwirkung auf die nachbarliche Rechtssphäre und ihre Zulässigkeit nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch . . 30
9. Kapitel. Die Vorschriften des § 909 des BGB. 34

Zweiter Teil.

Die Schadensersatzpflicht des vertiefenden Eigentümers.

10. Kapitel. Die rechtliche Konstruktion des Schadensersatzanspruchs nach gemeinem Recht, die actio legis Aquiliae . . . 39

11. Kapitel. Der Schadensersatzanspruch entwickelt aus dem Prinzip der Billigkeit. Die cautio damni infecti 40
12. Kapitel. Die rechtliche Konstruktion der Schadensersatzpflicht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch 46
13. Kapitel. Die Schadensersatzpflicht aus § 823 des BGB.; § 823 Abs. 1 48
14. Kapitel. Der Absatz 2 des BGB. § 823 52
Schluß 56
Literaturverzeichnis 59

Einleitung.

Wenngleich die nachbarlichen Grundverhältnisse schon sehr früh eine Regelung in der Rechtsentwicklung erfahren haben, so dürfte doch das Problem: „Inwieweit ist der Grundeigentümer, der sein Grundstück vertieft, dem Nachbar für den durch das Vertiefen entstandenen Schaden ersatzpflichtig?“ erst in neuerer Zeit eine eingehendere Berücksichtigung verlangt haben.

Die Rechtsentwicklung ist auf das Engste mit dem wirtschaftlichen Fortschritt eines Volkes verbunden. Die Forderung des praktischen Lebens sind Impulse einer Schöpfung von Rechtsinstituten und ihrer eingehenden Regelung. Unter dem Druck der wirtschaftlichen Verhältnisse werden dann aus allgemein anerkannten Rechtsregeln Rechtsinstitute herausgebildet. So läßt sich nur aus den Forderungen einer wirtschaftlichen Entwicklung auch die weitere Entwicklung in der Regelung der nachbarlichen Rechtsverhältnisse erklären.

Die Beachtung, die die vorliegende Frage im Rechtsleben gefunden hat und noch findet, hängt notwendig mit dem mehr oder weniger engen Verhältnis der Individuen zur Scholle zusammen.

In einer Zeit, wo Grund und Boden in so reichlichem Umfang dem Einzelindividuum zugemessen war, daß ihm mehr zur Bebauung freistand, als es zum Lebensunterhalte brauchte, als es ihm infolgedessen möglich war, ganze Strecken des Grund und Bodens unbebaut liegen zu lassen, damals wird sich das Individuum wenig darum gekümmert haben, ob auf des Nachbars Eigentum eine Grube gegraben wurde oder nicht, und ob durch das Graben der Grube das eigene Grundstück litt oder nicht.

Als aber die Bevölkerung dichter wurde, als das Individuum auf eine enger begrenzte Fläche beschränkt war, der es seinen Lebensunterhalt abringen mußte, als die Individuen enger beisammen wohnten, und so die Grenze zwischen Mein und Dein schärfer gezogen wurde, als dann Grund und Boden wertvoller wurde, da achtete der eine auf des andern Tun und Treiben und rief nach Hilfe, wenn sein Eigentum durch Veränderungen des Nachbargrundstückes gefährdet wurde.

Auf der anderen Seite vermehrte der gesteigerte Wert des Grund und Bodens das Bestreben, die Ertragsfähigkeit in jeder Weise auszunutzen und nicht nur die Oberfläche des Grundstücks, sondern auch die Bodenschätze im Innern der Ausbeute zu opfern. So mußte sich allmählich das Problem herausschälen: darf der Eigentümer ohne Rücksicht darauf, daß der Nachbar geschädigt wird, sein Grundstück vertiefen, oder muß er Rücksicht auf den Nachbar nehmen und ihn schadlos halten?

Diese Entwicklung des Problems, wie sie im vorhergehenden gezeichnet ist, läßt sich im römischen Recht sehr deutlich verfolgen. Zur Zeit des strengen ius civile, als das Grundeigentum den gesteigerten Wert noch nicht besaß, wird von einem Rechtsstreit, der durch Vertiefen eines Grundstückes hervorgerufen worden ist, nichts erwähnt; erst das prätorische Recht ist in einer Zeit, in der Rom blühte, und der Grund und Boden wertvoller wurde, gezwungen, sich der Rechtsfrage anzunehmen. Wie die Entwicklung des Problems, so sind auch die Lösungsversuche den jeweiligen Forderungen des wirtschaftlichen Lebens gemäß gewesen. Sieht man von der eigentümlichen Entwicklung der Lösung im römischen Recht ab, die ja im folgenden noch des näheren behandelt werden muß, so findet man, daß die Lösung bis in die neuere Zeit eine relativ einfache war. Die Gesetzbücher, die in einer Zeit entstanden, in der der Wert des Grund und Bodens noch nicht so hoch geschraubt war, stehen auf dem Standpunkt, daß der Grundeigentümer, der aus seinem Grundstück mehr Nutzen ziehen will, als die Oberfläche ihm bieten kann, das nicht zum alleinigen Schaden des Nachbars tun, und deshalb einen Teil seines Grundstücks an der Grenze unberührt lassen soll.

Es soll also der Schaden gewissermaßen verteilt werden, wenn, was im folgenden noch erörtert werden wird, der Schaden nicht vollständig vermieden werden kann. So sagt der Sachsenspiegel II, 51 § 1: „Oven unde gang unde swinekoven solen dre vote van me tune stan." „Dieser Satz enthält zwar kein treffendes Beispiel auf die Frage des Vertiefens, aber er erhellt doch das Prinzip. Derartige Anlagen an der Grenze sind dem Nachbarn schädlich oder lästig, dem Eigentümer tut es nichts, wenn er sie einige Fuß von der Grenze wegsetzt, und daher soll es auch so gemacht werden." [1])

Das erste der größeren Gesetzbücher, das preußische Landrecht bestimmt I, 8 § 187:

„Erniedrigt jemand seinen Grund und Boden durch Anlegen eines Grabens oder sonst, so muß ein Wall von drei Fuß breit gegen die benachbarte Verzäunung stehen bleiben." Es ist also ein bestimmtes Maß ein für allemal festgelegt; dieses muß der vertiefende Eigentümer berücksichtigen.

Der code civile verlangt Art. 674: „celui qui fait creuser un puits on une fosse près d'un mur est obligé à laisser la distance prescrite par les réglements et usages particuliers sur ces objets, ou à faire les ouvrages prescrits par les mêmes réglements et usages pour éviter de nuire ou voisin."

„Also auch der Code, so sagen die Motive zum Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuchs,[2]) geht von dem allgemeinen Prinzip aus, daß niemand auf seinem Grundstück eine für das angrenzende Grundstück gefährliche oder nachteilige Anlage machen darf und rechnet zu solchen Anlagen auch einfache excavations." Also auch der Code versucht den Schaden von des Nachbars Grundstück dadurch abzuwenden, daß er dem Eigentümer, der sein Grundstück vertiefen will, befiehlt, von der Grenze wegzubleiben. Gleichzeitig läßt er aber dem vertiefenden Eigentümer auch die Möglichkeit durch andere Vorrichtungen den Nachbar schadlos zu halten. Wie groß die Entfernung von

[1]) Werr, Das Recht des Eigentümers zur Vertiefung seines Grundstücks nach gemeinem Recht und dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Inaug.-Diss. Erlangen 1896.

[2]) Mot. z. Entw. e. BGB. 1. Les. S. 296.

der Grenze sein soll, sagt er nicht, sondern er überläßt das besonderen Bestimmungen und ortsüblichen Gebräuchen.

Daß ist gewiß ein Fortschritt gegen die Bestimmungen des Sachsenspiegels und des allgemeinen Landrechts; denn diese Bestimmungen hatten einen sehr zweifelhaften praktischen Wert. Nehmen wir den Fall, an den wohl hauptsächlich gedacht ist, daß das Nachbargrundstück infolge des Vertiefens an der Grenze abrutscht. Ist dem nun in allen Fällen vorgebeugt durch die Bestimmung, der vertiefende Eigentümer soll sich drei Fuß von der Grenze fernhalten? Keineswegs, denn die Möglichkeit des Abrutschens ist eine relative, und hängt von der Kohärenz des Grundstücks und dem Maße der Vertiefung des Nachbargrundstücks ab.

Der Code bricht zunächst mit der harten Bestimmung, daß der Eigentümer eine Strecke kostbaren Bodens unvertieft liegen lassen muß. Dann sichert er aber auch den partikularen Bestimmungen und ortsüblichen Gebräuchen, die sich auf genaue Kenntnis der Bodenkohärenz einer bestimmten Gegend stützen, einen entscheidenden Einfluß auf die Bestimmung des Abstandes und das Maß der Vorkehrungen. Aber für den Spezialfall bietet auch der Code keinen greifbaren Schutz. Gehen wir weiter zum sächsischen Gesetzbuch. Hier heißt es in § 360: „Wer sein Grundstück ausgraben, tiefer legen oder durch einen Graben von dem Grundstück seines Nachbarn trennen will, muß eine Böschung oder Vorrichtung bilden, daß dessen Grund und Boden nicht nachstürzen kann.“ Hier ist deutlich ausgesprochen, in welcher Art das Nachbargrundstück und gegen welchen Schaden es geschützt werden soll. Die Bestimmung des sächsischen Gesetzbuchs bildet gewissermaßen den Übergang zwischen dem alten Schutzsystem und dem Schutzsystem, wie es die modernen Verkehrsverhältnisse fordern. Einmal wird Schutz durch eine Böschung verlangt; die Anlage einer Böschung erfordert aber einen gewissen Abstand von der Grenze, und zwar einen relativ bestimmten, den der Spezialfall fordert; es muß also wieder ein Stück des Bodens unvertieft gelassen werden, um eine widerstandsfähige Böschung, d. h. eine Anschüttung mit einem Neigungswinkel, der der Kohärenz des Erdreichs entspricht, her-

zustellen. Dann kann der vertiefende Eigentümer aber auch dicht an der Grenze vertiefen, wenn er eine andere Vorrichtung bildet, die ein Abrutschen des Nachbargrundstücks verhindert. Das Neue ist aber immer, daß die Art und das Maß der Schutzvorrichtungen nicht absolut bestimmt, sondern relativ dem jeweiligen Zweck entsprechend gelassen werden. In einer kürzeren und schärfer umgrenzten Fassung bringt diesen Gedanken auch das BGB. im § 909 zum Ausdruck.

Wenn nun in dem Gesagten die Entwicklung allgemein skizziert wurde, die unser Problem genommen hat, so soll im weiteren erörtert werden, inwieweit nach dem gemeinen Recht und dem Bürgerlichen Gesetzbuch der Nachbar ersatzberechtigt ist.

Die Schadensersatzpflicht liegt nun nicht jedem ob, der die Vermögensverhältnisse eines andern durch irgend ein Handeln geschädigt hat. Im allgemeinen tritt diese Pflicht nur dann ein, wenn jemand unerlaubterweise, d. h. durch ein Handeln, zu dem er nicht berechtigt ist, in ein Rechtsgut des Nächsten verletzend eingreift, und nur ausnahmsweise kann aus den Forderungen der Billigkeit eine Schadensersatzpflicht hergeleitet werden. Als oberster Grundsatz, der nur aus allgemeinen Billigkeitsrücksichten durchbrochen werden kann, gilt der Satz: Qui suo iure utitur neminem laedit, und wo keine laesio, da auch keine Ersatzpflicht.

Es muß daher bei der Lösung unseres Problems zunächst die Frage ihre Antwort finden: Inwieweit ist der Grundeigentümer berechtigt, sein Grundstück zu vertiefen?

Erster Teil.

Inwieweit darf der Grundeigentümer sein Grundstück vertiefen?

Erstes Kapitel.

Die Interessenkollision benachbarter Grundeigentümer.

Das Eigentumsrecht als das Recht der vollständigen und ausschließlichen Herrschaft einer Person über eine Sache — wie man den Begriff zu definieren pflegt —, kraft dessen der Eigentümer nach Belieben mit der Sache verfahren kann und Einwirkungen von fremder Seite in keiner Weise zu dulden braucht, bis zur äußersten Konsequenz durchzuführen, ist bei Grundstücken ganz unmöglich. Jene beiden Befugnisse stehen als Ausflüsse desselben Rechts gewiß in harmonischer Beziehung zueinander. Das Recht, jeden Eingriff in die eigene Rechtssphäre von fremder Seite zurückzuweisen, macht erst eine ungehinderte Betätigung auf dem eigenen Grundstück möglich. — Feindlich aber treten sich diese Befugnisse entgegen, wenn sie sich als Ausflüsse des Eigentumsrechtes verschiedener Grundeigentümer begegnen. In den meisten Fällen ist es nicht möglich, mit Grundstücken so zu verfahren, daß die Handlungen selbst oder ihre Folgen sich lediglich innerhalb der Grenzen des Grundstücks äußern. Das Grundstück ist kein so fest umgrenztes Objekt wie die bewegliche Sache. Es stellt sich nicht als ein nach allen Seiten abgeschlossener Körper dar. Das Grundstück ist und bleibt stets nur ein Teil der Erdoberfläche. „Die Scheidung des einen Grundstücks vom anderen, selbst wenn sie durch Gräben, Hecken, Mauern usw. zu einer äußer-

lichen gemacht ist, hebt das natürliche Verhältnis des Zusammenhangs und der gegenseitigen Abhängigkeit nicht auf. Es ist kaum möglich, ein Grundstück isoliert zu benutzen. Die ökonomische Verwertung des einen hat regelmäßig die Mitbenutzung des angrenzenden zu ihrer Voraussetzung und zu ihrer Folge. So ist also unter den Grundstücken durch die Natur selber ein gewisses Verhältnis der gegenseitigen Aushilfe und Duldung vorgeschrieben, welches das Prinzip der faktischen und rechtlichen Isolierung zur Unmöglichkeit macht.“ [1]) Was demnach als Ausfluß des Rechtes, mit seinem Grundstück nach Belieben zu verfahren, dem einen Grundeigentümer zusteht, fällt in vielen Fällen in den Wirkungskreis des Rechtes eines Nachbars, Einwirkungen von fremder Seite auf sein Grundstück zu untersagen, und umgekehrt, die Ausübung des Rechtes, jede Einwirkung von seiten des Nachbars zu untersagen, würde diesem das Recht zum Tun und Lassen auf seinem Grundstück sehr einengen. Es muß demnach unter Grundeigentümern ein Kompromiß der Art abgeschlossen werden, daß ihnen einerseits gewisse Handlungen auf ihren Grundstücken vorzunehmen untersagt sein muß, während sie anderseits verpflichtet sein müssen gewisse Einflüsse von fremder Seite auf ihre Rechtssphäre zu dulden. Denn nur dann, wenn Rechte und Pflichten gegeneinander gleichmäßig abgewogen sind, ist ein geordnetes Nebeneinanderleben möglich. Es ist somit die Aufgabe des Rechts, die Interessenkollision durch den Zwang zum gegenseitigen Nachgeben auszugleichen. Das ist das Problem des Nachbarrechts, da diese Interessenkollisionen vornehmlich unter Nachbarn akut werden.

Auch unsere vorliegende Frage gehört diesem Problem an, sie ist ein Teil desselben, d. h. wenn die Befugnis zum Vertiefen überhaupt mit Inhalt des Eigentumsrechtes ist.

---

[1]) Jhering in Jherings Jahrbüchern Bd. 6 S. 96.

Zweites Kapitel.

Das Vertiefen und der Inhalt des Grundeigentumsrechtes; Umfang des Gegenstandes des Grundeigentums.

Wenn der Inhalt des Grundeigentumsrechtes auch das Recht zum Vertiefen umfaßt, so muß Vertiefen eine Handlung auf oder an dem Grundeigentum sein. Es muß also feststehen, daß der Grundeigentümer auch beim Graben in der Tiefe immer noch mit seinem Eigentum schaltet und waltet. Es wäre ja die Auffassung denkbar, daß das Eigentumsrecht an Grundstücken den Grund und Boden nur bis zu einer bestimmten Tiefe umfasse, daß die tiefer gelegenen Erdschichten nicht mehr Eigentum des Grundeigentümers sind, sondern etwa Gemeingut, an dem er sich nicht ohne weiteres vergreifen darf; dann wäre natürlich eine Einschränkung des Vertiefungsrechtes zur gleichmäßigen Wahrung bedrohter Interessen auf ganz anderer rechtlicher Basis möglich und notwendig.

Es fragt sich daher zunächst, welchen Umfang hat der Gegenstand des Grundeigentums?

Daß das Eigentumsrecht an Grundstücken nicht nur Rechtsbeziehungen zwischen dem Eigentümer und der Erdoberfläche birgt — wobei mit dem Ausdruck Fläche nicht ein mathematischer Begriff wiedergegeben sein soll, sondern worunter die Erdscholle, die durch die gewöhnliche Benutzung zu Acker- und Hausbau in Anspruch genommen wird, zu verstehen ist —, liegt auf der Hand. Das Eigentumsrecht an Grundstücken muß auch rechtlich geordnete Beziehungen zwischen dem Eigentümer und dem Raum über und unter der Erdoberfläche enthalten. Es fragt sich nur, welche Natur haben diese Beziehungen?

a) Der Standpunkt des gemeinen Rechts.

Die gemeinrechtlichen Schriftsteller bezeichnen den Luftraum über dem Grundstück und das Erdinnere als Eigentum des Grundeigentümers. Die Grenzlinien der Oberfläche bezeichnen senkrecht auf- und abwärts gedacht das Gebiet des Eigentümers hinsichtlich dessen, was über und unter der Erd-

oberfläche sich befindet. „Die römischen Juristen sehen dies als selbstverständlich an und sprechen nicht den Grundsatz aus, sondern nur gelegentlich seine Konsequenzen. So wird hinsichtlich des Erdinnern in l. 9 § 2, 3; l. 13 § 5 D. 7,1 ausgeführt, daß dem Usufruktuar nicht nur die Nutzung der Erdoberfläche, sondern auch die der tieferen Erdschichten gebühre, und es werden Steine, Kreide, Sand, edle und unedle Metalle, überhaupt, die in der Tiefe erbeutet werden, als Früchte des Grundstücks betrachtet. Sie folgen also dem Schicksal der Oberfläche, und ein Dritter kann sich an ihnen nur auf Grund eines speziellen Rechtstitels vergreifen“ (l. 13, § 1 D. 8,4).[1])

Was den Raum über der Erdoberfläche betrifft, so stützen die Pandektisten das Eigentumsrecht des Grundeigentümers an ihm auf die Quellenfragmente l. 22 § 4 D. 43, 24. Ein Begräbnisplatz besteht also nicht bloß aus dem Grund und Boden, sondern es gehört dazu auch der Luftraum (coelum), und Eingriffe in diesen sind in derselben Weise unstatthaft, wie Einwirkungen auf die Erdoberfläche. Dasselbe bestätigt hinsichtlich des öffentlichen Grund und Bodens l. 21 § 2 D. 43, 24.

Wenn nun auf die Frage: welcher Natur sind die rechtlichen Beziehungen des Grundeigentümers zum Raum über und unter der Erdoberfläche, die römischen Juristen die Antwort für selbstverständlich finden, daß der Raum über und unter der Erdoberfläche Eigentum des Grundeigentümers ist, so erhebt sich weiterhin die Frage, wie weit erstreckt sich das Eigentumsrecht in die Höhe oder in die Tiefe? Es ist doch undenkbar, die Rechte, mit dem Eigentum nach Belieben zu verfahren und Einwirkungen von fremder Seite zu untersagen, im Mittelpunkte der Erde oder an der Grenze der Atmosphäre mit demselben Maßstabe zu messen und abzuwägen, den man an der Oberfläche anlegt. Es müßten in richtiger Konsequenz Eingriffe, die, wenn sie die Oberfläche beträfen, unerlaubt wären, auch im tiefsten Erdinnern unstatthaft sein, und ebenso müßte, wenn Handlungen des Eigentümers auf der Erdoberfläche unstatthaft

---

[1]) Hesse, Rechtsverhältnisse zwischen Grundstücksnachbarn 2. Aufl. S. 480.

wären, diese auch im Erdinnern untersagt sein. Das würde aber zu ganz sonderbaren Resultaten führen. Es müßte, um das bekannte Beispiel vom Luftballon anzuführen, der Eigentümer dem Luftschiffer untersagen können, in einer Höhe von 1000 m über sein Grundstück wegzufliegen, weil er es ihm untersagen könnte, in einer Höhe von etwa 1 m über seinem Grundstücke zu schweben.

Auf die Frage, wie hoch in den Luftraum, wie tief in das Erdinnere erstreckt sich das Grundeigentumsrecht, gibt Jhering die Antwort.

„Die Eigentumsatmosphäre reicht nicht weiter als das praktische Bedürfnis, das dadurch befriedigt werden soll, und ebenso erstreckt sich das Eigentum in die Tiefe so weit, als das praktische Bedürfnis reicht.“[1]) Wie weit das praktische Bedürfnis reicht, ist Tatfrage.

Die Ansicht, wie Jhering sie aufstellt, ist nicht unbestritten geblieben. Vor allem der Eigentumsbegriff an dem Luftraum hat heftige Gegner gefunden.

Wenngleich bei der Behandlung der Vertiefungsbefugnis der Luftraum weniger interessiert, so dürfte der Kampf um den Eigentumsbegriff am Raum über der Erdoberfläche doch nicht stillschweigend übergangen werden; denn eine analoge Behandlung des Erdinnern wäre notwendig, falls die Jhering bekämpfenden Ansichten sich als haltbar erweisen sollten.

Zunächst erhob Gesterding Zweifel an der Richtigkeit der rechtlichen Konstruktion des Eigentumsrechtes an dem Luftraum und bezeichnet sie als Märchen von der Luftsäule, ohne aber die Konstruktion des Eigentumsrechtes durch eine andere zu ersetzen.[2])

Werenberg[3]) stellte eine andere Theorie auf. Seiner Ansicht nach steht das Eigentumsrecht an der Luftsäule dem Grundeigentümer a priori nicht zu, da, wie die Quellen sagen, die Luft res communis sei. Der Eigentümer habe aber das alleinige Recht, die Luftsäule über seinem Grundstücke zu okku-

---

[1]) Jherings Jahrbücher Bd. 6 S. 90 u. 92.
[2]) Monich in Jherings Jahrb. Bd. 38 S. 162.
[3]) In Jherings Jahrb. Bd. 6 a. a. O.

pieren, und zwar okkupiere er sie soweit, als er seine Interessensphäre in den Luftraum ausdehne. Abgesehen von der ganz unhaltbaren Theorie einer Okkupation durch bloßes Ausdehnen der Interessensphäre, liegt der Hauptfehler, den Jhering[1]) nachwies, in der Verwechslung des Luftraums mit der Luftsäule. Die Luft ist res communis und wird erst dann zum Eigentum des Einzelindividuums, wenn man über sie die Herrschaft z. B. in abgeschlossenen Räumen ausüben kann; dies ist bei freier Luft niemals möglich. Weiterhin zeigte Jhering,[2]) daß, wenn Werenbergs Theorie auch richtig sei, das Resultat doch immer das gleiche bleibe. Es sei gleich, ob ich sage, das Eigentum steht mir a priori an dem Luftraum zu, aber nur so weit, als meine Interessensphäre reicht, oder ob ich sage, ich habe den Luftraum so weit okkupiert, als sich meine Interessensphäre ausdehnt. Das Resultat ist, daß ich als Grundeigentümer auch Eigentümer des Luftraumes bin, soweit meine Interessensphäre reicht. Die rechtliche Beziehung ist also immer Eigentumsrecht.

b) der Standpunkt des Bürgerlichen Gesetzbuches.

Der Ansicht, wie sie im gemeinen Recht von der größten Mehrheit vertreten wird, folgend, stellt das BGB. in § 905 den Grundsatz auf, daß die rechtlichen Beziehungen des Grundeigentümers zum Raum unter und über der Erdoberfläche eigentumsrechtliche sind. Während aber das gemeine Recht das Eigentumsrecht sich nicht bis ins Ungemessene erstrecken läßt, sondern es nur insoweit anerkennt, als die Interessensphäre reicht, macht das Bürgerliche Gesetzbuch diese Einschränkung nicht. Es erkennt kein vom Interesse zugemessenes Eigentum an, sondern das Eigentum erstreckt sich bis zu den natürlichen Grenzen des Grundstücks. Aber auch nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch spielt die Interessensphäre insoweit eine Rolle, als jenseits der Interessensphäre das Eigentumsrecht ein zugunsten der Allgemeinheit sehr beschränktes ist. § 905 sagt: „Das Recht des Eigen-

[1]) In Jherings Jahrb. Bd. 6 a. a. O.
[2]) Jherings Jahrb. Bd. 6 a. a. O.

tümers eines Grundstückes erstreckt sich auf den Raum über der Oberfläche und den Erdkörper unter der Oberfläche. Der Eigentümer kann jedoch Einwirkungen nicht verbieten, die in solcher Höhe oder Tiefe vorgenommen werden, daß er an der Ausschließung kein Interesse hat."

Dieses Eigentumsrecht an dem Raum über und unter der Erdoberfläche jenseits der Interessensphäre hat ohne Zweifel einen sehr eigentümlichen Charakter. Jeder kann auf dasselbe nach Belieben einwirken, und der Eigentümer hat nicht das Recht es zu untersagen. Er hat also nicht mehr Rechte an seinem Eigentum, wie wenn es Eigentum der Allgemeinheit wäre.

Daß Monich[1]) diesen Rechtssatz in seiner Fassung bekämpft, darf ihm nicht übel genommen werden. Wenn er allerdings gegen die Notwendigkeit einer Beleuchtung der rechtlichen Beziehungen ankämpft, die zwischen dem Grundeigentümer und dem Raum über und unter der Erdoberfläche bestehen müssen, so muß ich dem widersprechen. Es ist notwendig, denn ohne Feststellung, welcher Art diese Rechtsbeziehungen sind, läßt sich die Frage, wie das Vertiefungsrecht des Grundeigentümers im Interesse des Nachbars zu beschränken ist, nicht konsequent lösen. Anderseits bin auch ich der Ansicht, daß die Fassung des Rechtssatzes, wie sie das Bürgerliche Gesetzbuch wählte, keine glückliche ist. Der zweite Satz des § 905 ist auf alle Fälle sehr störend. Um Übergriffen des Grundeigentümers in dieser Hinsicht vorzubeugen genügte ja auch § 226 des BGB.

Aus dem Gesagten folgt für unsere Frage einmal, daß der Grundeigentümer, der sein Grundstück vertieft, auch beim Arbeiten unter der Erdscholle immer noch mit seinem Eigentum schaltet und waltet, und eine Beschränkung des Vertiefungsrechtes eine Beschränkung des Eigentumsrechtes bedeuten muß, dann aber auch, daß eine Beschränkung auf keinen Fall eintreten darf, wenn die mit dem Vertiefen verbundenen Eingriffe in die nachbarliche Rechtssphäre lediglich das Eigentum

---

[1]) Jherings Jahrb. Bd. 38 S. 163.

des Nachbars jenseits der Interessensphäre in Mitleidenschaft ziehen. Es ist uns demnach nur die Interessensphäre als Untersuchungsgebiet gesteckt.

Drittes Kapitel.

Die Beschränkung des Vertiefungsrechtes nach gemeinem Recht.

Die nächste Aufgabe bei der Untersuchung der vorliegenden Frage nach gemeinem Recht ist es, die Spezialfragmente, die den Fall der Grundstücksvertiefung behandeln, auf ihre Brauchbarkeit zu untersuchen.

l. 24 § 12 D. 39 behandelt den Fall, daß durch Graben in die Tiefe auf dem Nachbargrundstück eine Mauer eingestürzt ist. Der römische Jurist entscheidet, daß ein Fall vorläge, in in dem der Nachbar von dem grabenden Eigentümer die cautio damni infecti hätte stipulieren lassen können. Dies ist das einzige Fragment, in dem die Frage nach der Zulässigkeit speziell des Vertiefens eines Grundstückes erörtert wird.

Daraus nun zu schließen, daß der Eigentümer nach Belieben sein Grundstück vertiefen könne und nur die cautio damni infecti versprechen muß, wenn des Nachbars Gebäude zu stürzen drohen, ist etwas gewagt. In Ermanglung weiterer Anhaltspunkte für den speziellen Fall des Vertiefens muß man daher auf die allgemeinen Grundsätze zurückgehen, die das Verhalten der Grundstücksnachbarn im Interesse eines ersprießlichen Nebeneinanderlebens regeln sollen und sie auf ihre Brauchbarkeit im vorliegenden Fall untersuchen.

Wären nun diese Grundsätze in den Kodifikationen des römischen Rechts nach leitenden Gesichtspunkten geordnet, so wäre ihre Anwendung auf den Spezialfall wesentlich erleichtert. Da aber der Rechtstoff in den Digesten nur kasuistisch behandelt ist, so müssen zunächst aus den einschlägigen Fragmenten die Rechtsprinzipien aufgesucht, und diese dann nach leitenden Gesichtspunkten geordnet werden; erst dann ist eine erschöpfende Erörterung unserer Frage möglich.

Die Behandlung der Quellenfragmente ist in dieser Hinsicht zuerst von Spangenberg[1]) versucht worden, aber über die kasuistische Behandlung der Kollisionsfälle ist er nicht hinausgekommen, leitende Gesichtspunkte hat er nicht herausgeschält. Es gebührt ihm aber das Verdienst die kasuistisch behandelten Grundsätze scharf beleuchtet und umgrenzt zu haben.

Werenberg,[2]) der sich nach ihm mit der Frage beschäftigte, vervollständigte den von Spangenberg begonnenen Katalog. Erst Jhering[1]) sah die Notwendigkeit der Klassifizierung der nachbarrechtlichen Prinzipien ein. Er stellte Regeln auf, nach denen eine Scheidung der Rechtssätze möglich wäre. Leider hat er die Scheidung nicht durchgeführt, sondern sich nur damit begnügt, die Begriffe zu erläutern nach denen er eine Scheidung nach abstrakten Gesichtspunkten für möglich hält. Seine Arbeit ist aber jedenfalls grundlegend gewesen für alle späteren Untersuchungen auf diesem Gebiet, wenn ihm auch manche unrichtige Ansicht besonders von Burckhard und Hesse nachgewiesen ist.

Viertes Kapitel.

Der Eingriff in die fremde Rechtssphäre als Immission; seine Zulässigkeit.

Die Einwirkung auf ein Nachbargrundstück kann in einem facere in alieno bestehen, indem ich auf fremden Grund und Boden gegen den Willen des Eigentümers Handlungen vornehme. Dieser Fall interessiert uns aber weiter nicht, da ja über die Berechtigung des Grundeigentümers zur Vertiefung seines Grundstücks gestritten wird. Eine Einwirkung auf das Nachbargrundstück kann aber auch dann vorliegen, wenn zwar eine Handlung auf dem eigenen Gebiet vorgenommen wird, ihre Folgen aber nicht innerhalb der Grenzen meines Gebietes bleiben. Dadurch unterwerfe ich das Gebiet des Nachbars insoweit meiner Ver-

---

[1]) Jherings Jahrb. Bd. 6 a. a. O.
[2]) a. a. O.
[3]) a. a. O.

fügung, als ich den Nachbar zwingen will, den Erfolg meiner Handlungen, der sich auch in seinem Gebiet äußert, zu dulden.

Über die Zulässigkeit des facere in suo, dessen Folgen nicht innerhalb der Grenzen des eigenen Grundstücks bleiben, sagt l. 8 § 5 D. 8, 5 . . . in suo enim hactenus facer licet, quatenus nihil in alienum immittat. Es darf demnach der Eigentümer auf seinem Grundstück nach Belieben schalten und walten, sofern nicht mit seinem Handeln eine Immission verbunden ist.

Es fragt sich nun, was verstehen die römischen Juristen unter einer immissio?

Immittere heißt als Transitivum gebraucht hineinschicken, als Intransitivum hineingehen lassen, also bewirken oder dulden, daß etwas von einem Punkt zu einem anderen sich hinbewegt, daß von dem eigenen Grundstück etwas in das des Nachbars gelangt.[1]) In solcher Tätigkeit liegt, wie Hesse[2]) es kurz und klar ausdrückt, die Signatur der Herrschaftserweiterung des Eigentümers in das Nachbargebiet hinein, über die Grenze hinaus, die doch das Ende des eigenen Herrschaftskreises andeutet. Nun ist aber in den Quellen, wie sich das des näheren noch weiter unten zeigen wird, nicht jedes Eindringen von Körpern in das Nachbargebiet infolge einer menschlichen Tätigkeit als unerlaubt bezeichnet. Jhering,[3]) der auf dem Standpunkt steht, daß jedes Eindringen fester Körper in das Nachbargebiet infolge einer menschlichen Tätigkeit oder Anstalt als Immission zu bezeichnen ist, ist danach gezwungen, zwischen erlaubten und unerlaubten Immissionen zu unterscheiden. Das ist meiner Ansicht nach nicht ganz richtig. Wenn die Quellenfragmente von immissio sprechen, so liegt immer nur ein Eindringen fester Körper in das Nachbargebiet vor, das unstatthaft ist. Ist dagegen das Eindringen nicht unstatthaft, so gebrauchen sie den Ausdruck immissio nie. Es ist daraus zu folgern, daß die immissio den Charakter des unerlaubten Eingriffs in das fremde Gebiet infolge eines Handelns auf dem eigenen trägt.

---

[1]) vgl. Werr a. a. O. S. 12.
[2]) Hesse a. a. O. S. 273.
[3]) Jhering in Jherings Jahrb. Bd. 6 a. a. O.

Es fragt sich nun, wann liegt ein unerlaubter Eingriff in die fremde Rechtssphäre infolge einer Tätigkeit auf dem eigenen Grundstück, also eine immissio, vor?

Jhering[1]) unterscheidet direkte und indirekte Immissionen. Unter direkten Immissionen versteht er diejenigen, die ihre Wirkungen im Nachbargebiet schon beginnen, unter indirekten solche, die ihre Wirkungen im Nachbargebiet lediglich fortsetzen. Daß diese Definition der direkten Immission eine viel zu eng gefaßte ist, haben schon Hesse[2]) und Burckhard[3]) nachgewiesen. Nach Jhering würde also gar kein Unterschied vorhanden sein, ob ich einen Stein von meinem Grundstück aus in der Richtung auf das Nachbargrundstück hin werfe, daß er notwendig hineinfliegen muß, oder ob der Rauch eines Feuers, das ich auf meinem Grundstück anzünde, sich zunächst über mein Grundstück verbreitet und dann durch den Wind in das Nachbargrundstück hinübergetrieben wird. In beiden Fällen äußert meine Tätigkeit zunächst in meinem Grundstück ihre Folgen. Der Stein fliegt wohl über mein Grundstück weg, der Rauch schwebt zunächst über meinem Grundstück, und dann setzen beide Substanzen ihre Tätigkeit auf dem Nachbargrundstück fort. Und doch besteht ein gewaltiger Unterschied zwischen dem Eindringen dieser Körper in die fremde Rechtssphäre. Er liegt in der Voraussetzung des Eindringens.

Wenden wir die Unterscheidung der Eingriffe, wie sie Jhering aufstellt, in erweiterter Form auf die Voraussetzungen an, so kann man unmittelbare und mittelbare Eingriffe in das Nachbargebiet feststellen. Es liegt ein unmittelbarer Eingriff in die fremde Rechtssphäre vor, wenn einmal der Grundeigentümer auf dem eigenen Grundsstück solche Handlungen vornimmt, durch die körperliche Substanzen derart in das Nachbargrundstück eingeführt werden, daß sie lediglich in diesem ihre Wirkungen äußern, ferner aber auch dann, wenn die Substanzen zwar anfangs ihre Wirkungen im eigenen Grundstück äußern, aber dann

---

[1]) a. a. O.

[2]) Hesse a. a. O.

[3]) Burckhard, die cautio damni infecti a. a. O. die actio negatoria.

direkt und notwendig in das Nachbargebiet eindringen müssen. Ob die Substanzen im fremden Grundstück dauernd oder nur vorübergehend einen Raum okkupieren ist gleichgültig. Mittelbare Eingriffe liegen dann vor, wenn die Wirkungen der menschlichen Tätigkeit oder Anstalt zunächst ihre Wirkungen im eigenen Grundstücke äußern und dann durch Kräfte, die außerhalb der menschlichen Tätigkeit d. h. der Tätigkeit des Immittenten liegen, in das Nachbargrundstück übertragen werden. Lege ich an meinem Hause einen Erker an, der in des Nachbars Grundstück hineinragt, so okkupiere ich durch den überragenden Teil unmittelbar fremdes Gebiet, da er seine Wirkungen, im eigenen Gebiet nicht geäußert hat. Werfe ich weiterhin einen Stein mit scharfem Wurf aus meinem Grundstück in das Nachbargrundstück, so durchfliegt der Stein zunächst mein eigenes Gebiet, mein Handeln äußert also zunächst hier seine Wirkungen, dann aber muß der Stein unmittelbar durch mein Handeln in das Nachbargrundstück eindringen und dort einen Raum okkupieren. Es liegt also in beiden Fällen ein unmittelbarer Eingriff vor. Fache ich dagegen in meiner Esse ein Feuer an, das Rauch entwickelt, so okkupiert der Rauch wieder zunächst mein eigenes Gebiet. Durch die Windrichtung wird er dann ohne mein weiteres Zutun in das Nachbargrundstück getrieben. Mein Handeln ist zwar die Veranlassung, daß der Rauch im Nachbargebiet sich zeigt, aber mein Handeln ist nur die mittelbare Ursache, die unmittelbare ist eine Kraft, die außerhalb meines Handelns liegt, der Wind. Es liegt demnach eine mittelbare Einwirkung auf das Nachbargrundstück vor.

Aber nicht nur der Voraussetzung nach, sondern auch in der Art der Wirkung, in der Folge, müssen wir die Eingriffe voneinander unterscheiden.

Die Wirkungen auf dem fremden Gebiet können einmal solche sein, wie der gewöhnliche Verkehr unter den Menschen sie dulden muß, so daß ein Untersagen derselben dem Grundeigentümer die gewöhnlichen, allernotwendigsten Lebensbedingungen abschneiden könnte, sie können aber auch außergewöhnlicher Art sein. Daß der Rauch meines Herdfeuers in das Nachbargrundstück hinüberfliegt, ist etwas alltägliches. Ich

kann ihm den Abzug in senkrechter Höhe nicht bestimmen, und kann es auch nicht unterlassen, mir meine Nahrung zu kochen. Die Wirkung auf das Nachbargrundstück ist also eine gewöhnliche, vom Verkehr geforderte.

Lege ich aber auf meinem Grundstück ein Laboratorium an, das übelriechende Gase abziehen läßt, die sich dann über das Nachbargrundstück verbreiten, so kann man nicht behaupten, daß die Art, wie mein Handeln wirkt, im Leben etwas gewöhnliches, notwendiges ist.

Ferner kann man die Art der Wirkung auf die Frage hin prüfen, sind die Wirkungen dem Nachbar schädlich oder nicht. Der Rauch meines leichten Herdfeuers mag in manchen Fällen dem Nachbar unangenehm sein, in den wenigsten Fällen wird er ihm aber schaden können; anderseits können die giftigen Gase aus meinem Laboratorium ihm den empfindlichsten Schaden verursachen.

Der Eingriff in die fremde Rechtssphäre ist somit nach drei Richtungen zu untersuchen:

1. Beruht die Einwirkung auf das Nachbargrundstück unmittelbar oder mittelbar auf einer menschlichen Tätigkeit oder Anstalt?

2. Sind die Wirkungen ihrer Art nach gewöhnliche oder außergewöhnliche?

3. Sind sie schädlich oder nicht schädlich?

Zur Beantwortung der Frage nun, welche Einwirkungen auf die fremde Rechtssphäre sind gestattet, welche nicht, welche sind Immissionen und welche nicht, ist es notwendig, die einzelnen einschlägigen Quellenfragmente nach den oben aufgestellten Unterscheidungsgrundsätzen zu untersuchen.

1. l. 22 § 4 D. 43, 24: Ein proiectum aut stillicidium ragt in das Nachbargrundstück.

Das Eindringen beruht unmittelbar und notwendig auf der menschlichen Tätigkeit und Anlage. Ohne auf die Frage näher einzugehen, ob die Einwirkung auf das Nachbargrundstück eine gewöhnliche oder schädliche ist, spricht der römische Jurist von immittere. Es handelt sich also um einen unerlaubten Eingriff.

2. l. 8 § 5 D. 8, 5:

Das Eindringen des Rauches aus einer Käserei in das höher gelegene Stockwerk wird als Immission bezeichnet. Die erste Frage ist nun: beruht das Eindringen unmittelbar oder mittelbar auf einer menschlichen Tätigkeit oder Anstalt?

Der Rauch ist nicht durch eine menschliche Anlage in das obere Stockwerk hinübergeleitet; Luftdruck und Wind geben dem Rauch die Richtung. Vom Zuführen durch eine besondere Vorrichtung, — die Römer kannten keine Schornsteine, — so daß der Rauch unmittelbar und notwendig aus der Räucheranlage in das obere Stockwerk eindringen muß, ist nicht die Rede. Es liegt also ein mittelbarer Eingriff vor. Die zweite Frage, ist das Eindringen von Rauch aus einer Käserei im Leben etwas gewöhnliches? ist zu verneinen, zumal wenn das Nachbareigentum unmittelbar über der Räucherei liegt. Auf die dritte Frage, ist das Eindringen des Rauches aus einer Käserei schädlich, muß die Antwort lauten, der scharfe Rauch, der in solchen Mengen eingeführt wird, ist schädlich. Handelt es sich aber um das Eindringen leichten Rauches aus einem gewöhnlichen Herdfeuer fumus non gravis puta ex foco wie l. 9 § 6 D. 8, 5 so liegt nach der Ansicht Ulpianus keine Immission vor, obwohl die Voraussetzungen dieselben sind wie im oben angeführten Beispiel; das ist wenigstens aus der Verbindung dieser beiden Fälle in derselben lex unbedingt zu schließen. Der Gegensatz der beiden Fälle besteht meiner Ansicht nach nicht in der Voraussetzung des Eindringens des Rauches, sondern in dem fumus ex taberna casiaria einerseits und dem fumus non gravis puta ex foco anderseits. Nicht liegt der Gegensatz darin, daß in dem einen Fall das Eindringen in superiora loca erwähnt ist, im anderen nicht.

Im ersten Falle handelt es sich um einen mittelbaren Eingriff, der außergewöhnlich und schädlich, im zweitem um einen mittelbaren Eingriff der gewöhnlich und nicht schädlich ist; der erste enthält eine Immission, der zweite nicht.

Hesse,[1]) der den mittelbaren Eingriff als Immission nicht anerkennt, behauptet, es läge im ersten Fall ein unmittelbarer

---

[1]) a. a. O.

Eingriff vor, weil infolge der örtlichen Lage der Rauch direkt und notwendig in das obere Stockwerk dringen müsse. Das ist nicht ohne weiteres zuzugeben; Luftdruck und Wind treiben den Rauch, und beide Faktoren ändern sich stets. Die eigentümliche Lage ist deshalb gewählt, weil sie geeignet ist, das Eindringen des Rauches aus einer Käserei als recht unbequem und schädlich empfinden zu lassen, was bei weitem nicht der Fall wäre, wenn dieser Rauch etwa in einer Höhe von 10 Metern über dem Eigentum hinwegzöge. Es soll eben ein praktischer Fall sein, der die theoretischen Gesichtspunkte sehr scharf zu beleuchten geeignet ist.

Außerdem müßte Hesse seine Ansicht hinsichtlich des fumus non gravis puta ex foco ändern, da auch er zu dem Resultate kommt, daß unmittelbare Eingriffe unerlaubt seien. Um aber dem aus dem Wege zu gehen, muß er annehmen, daß bei diesem Fall die Voraussetzungen andere sind als beim ersten, obwohl nichts von einer Veränderung der Voraussetzungen bemerkt ist. Hesse argumentiert: eben weil nichts bemerkt ist, darum sind die Voraussetzungen andere, und da keine speziellen gegeben sind, sind es die gewöhnlichen, ortsüblichen. Diese Argumentation erscheint mir gezwungen.

3. Der zweite Fall in l. 8 § 5 D. 8, 5 behandelt die Frage, ob es ein zulässiger Eingriff in die fremde Rechtssphäre ist, wenn aus dem benachbarten Steinbruch Steinsplitter in ein Grundstück fliegen. Durch den Schlag der menschlichen Kraft werden die Steinteilchen in das Nachbargebiet geschleudert. Ein Dazwischentreten einer anderen Kraft ist nicht denkbar. Es liegt also ein unmittelbarer Eingriff vor, der unstatthaft ist, ebenso wie es in l. 8 § 7 D. 8, 5 Ursus Julius nur auf Grund einer Servitut zu dulden braucht, daß Quintilla eine Röhre in die gemeinschaftliche Mauer einfügt und durch die Röhre Dämpfe aus einem Baderaum hinüber leitet.

4. l. 19 pr. D. 8, 2:

Die Röhre befindet sich unmittelbar und notwendig durch die menschliche Anlage in dem Herrschaftsgebiet des Nachbars, es liegt also ein unmittelbarer Eingriff vor, der nicht statthaft ist. Bei dem Eindringen des Wassers aus dem angrenzenden

Baderaume ist das Erscheinen nicht die unmittelbare und notwendige Folge der menschlichen Tätigkeit, sondern die dem Wasser innewohnende Kraft und die Beschaffenheit der Mauer, die das Wasser zum Teil aufnimmt, geben dem Wasser die Richtung in das Nachbargebiet. Es liegt also ein mittelbarer Eingriff vor. Ein Baderaum ist keine außergewöhnliche Anlage, und das Erscheinen von Feuchtigkeit im Nachbargebiet bei den damaligen Verhältnissen auch nicht. Ist aber der Gebrauch des Baderaumes ein außergewöhnlich häufiger, so daß des Nachbars Anwesen außergewöhnlich häufig feucht wird und diese Feuchtigkeit so auftritt, daß sie dem Nachbar schadet, „et id noceat," so braucht er den Eingriff nicht zu dulden.

5. l. 17 § 2 D. 8, 5.

Daß die Mauer, die schon Eigentum des Nachbars ist, feucht wird, ist die unmittelbare und notwendige Folge der Anlage einer Düngergrube längs der Mauer. Es liegt also wiederum ein unmittelbarer Eingriff vor, der unerlaubt ist.

Ziehen wir nun das Resultat der vorstehenden Erörterung, so ergibt sich: Unmittelbare Eingriffe sind stets eine Immission und daher unerlaubt; mittelbare Eingriffe sind dagegen nicht unter allen Umständen Immissionen sondern nur dann, wenn ihre Wirkungen außergewöhnlich und schädlich sind.

Gehen wir zunächst nun auf die Frage ein, was denn eigentlich Gegenstand einer Immission sein kann. In sämtlichen angeführten Beispielen werden Fälle behandelt, in denen körperliche sichtbare Substanzen wie Steine, Wasser, Rauch, Dämpfe, also feste, flüssige oder luftförmige sichtbare Körper hinübergeleitet werden. Es erscheint damit fraglich, ob auch das Eindringen von unsichtbaren Substanzen oder Kräften Gegenstand einer Immission sein kann. Schon hinsichtlich des Eindringens starker Gerüche vom Nachbargebiet aus ist die Frage, ob auch sie Gegenstand einer Immission sein können, sehr bestritten.

l. 2 § 29 D. 43, 24 behandelt die Frage nach der Zulässigkeit, Gerüche auf einem öffentlichen Gebiet zu erzeugen, die dann in die Nachbargrundstücke eindringen, und verneint dieselbe. Burckhardt[1]) erklärt die Beschränkung nur auf

[1]) Burckhard, die cautio damni infecti a. a. O. S. 220.

Gerüche, die von einem locus publicus ausgehen für unbegründet und will ihre Behandlung als Immission auch auf solche Gerüche ausdehnen, die von einem privaten Grundstück ausgehen. Wenn nun schon hinsichtlich der Gerüche die Frage nach der Zulässigkeit ihrer Behandlung als Immission sehr zweifelhaft ist, so würde die Frage, ob unsichtbare Kräfte Gegenstand der Immission sein können sicherlich zu verneinen sein. Es bleibt stets entscheidend, daß ein Raum sichtbar durch den eindringenden Körper okkupiert wird, darin liegt nach römischer Auffassung die unzulässige Beschränkung des Eigentumsrechts.

Liegt nun in dem Vertiefen eine Immission? In dem Umstand, daß das Grundstück tiefer gelegt wird, kann keine Immission gefunden werden, denn der Eigentümer handelt auf seinem Grund und Boden und sichtbare Körper werden nicht in das Nachbargrundstück durch das Tieferlegen eingeführt. Aber durch die Arbeiten selbst, das Aufwühlen der Erde, die Erregung von Staubwolken, das Sprengen der Steine können sichtbare Körper in das Nachbargrundstück eingeführt werden, und dann wäre die Zulässigkeit nach den Regeln über die Immission zu entscheiden.

Die Rechtsmittel, mit denen sich der Nachbar gegen solche Immissionen wehren kann, sind die actio negatoria und falls der Nachbar auch Besitzer ist, und der Besitz gestört worden ist, das interdictum uti possidetis[1]) wie l. 8 § 5 D. 8, 5 bestätigt. Die actio negatoria diente ursprünglich, wie alle Schriftsteller auch zugeben, zum Schutze gegen angemaßte Servituten: l. 2 pr. D. 8, 5. In ihrer weiteren Entwicklung diente sie aber dem Eigentümer zum Schutze gegen jeden widerrechtlichen Eingriff in sein Herrschaftsrecht, solange er sich nicht in vollständiger widerrechtlicher Besitzentziehung äußert.

Diese Entwicklung wird der actio negatoria von vielen Seiten heftig bestritten und besonders Hesse[2]) hat den Kampf gegen die freiere Ansicht sehr scharf geführt und hält noch

---

[1]) vgl. Randa a. a. O. Besitz S. 151; Windscheid, Pandekten a. a. O. Bd. 1 § 159.

[2]) Hesse a. a. O.

immer daran fest, daß auch bei der Immission, gegen welche die actio negatoria den Quellen gemäß in Wirksamkeit tritt, die Voraussetzungen einer angemaßten Servitut oder wenigstens eines servitutähnlichen Verhältnisses vorliegen müssen. Diese Ansicht hat aber bei den gemeinrechtlichen Schriftstellern wenig Anklang gefunden, und sie erscheint mir auch deshalb schon sehr bedenklich, weil bei dem im Laufe der Zeit sich zuspitzenden Kampf um Grund und Boden der Eigentümer den größten Mißhelligkeiten schutzlos gegenüberstände, wenn die Abwehr fremder Eingriffe nur in dem Falle möglich wäre, daß es sich um Anmaßung einer Servitut oder eines servitutähnlichen Verhältnisses handelte.

Fünftes Kapitel.

Die Zulässigkeit von Eingriffen in die fremde Rechtssphäre, die nicht unter den Begriff der Immission fallen.

Greifen wir nunmehr auf den im Anfang aufgestellten Grundsatz: in suo enim hactenus facere licet, quatenus nihil in alienum immittat zurück, so ergibt sich für die Frage des Vertiefens: Ist mit den Vertiefungsarbeiten eine immissio verbunden, d. h. ein unerlaubter Eingriff in die fremde Rechtssphäre durch Zuführung sichtbarer, körperlicher Substanzen, die einen sinnlich wahrnehmbaren Raum einnehmen, so ist das Vertiefen unerlaubt, rechtswidrig. Ist keine immissio damit verbunden, so ist es nicht rechtswidrig. Der Eigentümer darf dann sein Grundstück vertiefen, wie und wo es ihm gefällt.

Da dieser Grundsatz, wie man an dem Rechtsmittel der actio negatoria und seiner Entwicklung deutlich sieht, die krassen Züge des alten Zivilrechts aufweist, so ist für unseren Fall, der, wie eingangs gesagt, erst in einer späteren Periode zu einer eingehenden Regelung gedrängt haben dürfte, die Untersuchung der Frage notwendig: „War es vielleicht möglich, mit prätorischen Rechtsmitteln dem Grundeigentümer das Vertiefen zu untersagen, weil sich der Begriff des widerrechtlichen Handelns in der Rechtssphäre des Grundeigentümers erweitert hatte?“

Es könnte schon l. 3 § 2 D. 43, 17 den Anschein erwecken, als ob das interdictum uti possidetis stets zulässig sein solle, wenn jemand infolge von Anlagen auf dem Nachbargrundstück sein Grundstück nicht gebrauchen kann, wie er will. Aber sämtliche anderen in l. 3 D. 43, 17 behandelten Kollisionsfälle (vgl. §§ 3, 4, 6, 7) enthalten klar und deutlich das Erfordernis der objektiven und formellen Widerrechtlichkeit, so daß sie auch in l. 3 § 2 D. 43, 17 vorausgesetzt werden muß. Würde es sich unter den vielen Beispielen um eine Ausnahme handeln, stände § 2 im Gegensatz zu den übrigen Paragraphen, so hätte dies logischerweise entsprechend auch zum Ausdruck gebracht werden müssen. Es muß nach allen Belegen durch die Quellen notwendig die objektive formelle Widerrechtlichkeit zu den Faktoren gehören, die das Zurückweisen eines Eingriffs mittels des interdictum uti possidetis ermöglichen. Dieser Standpunkt wird auch, wie Werr[1]) ausführt, von sämtlichen Schriftstellern eingenommen. Das Anwendungsgebiet des interdictum uti possidetis ist also hinsichtlich des Begriffs der Widerrechtlichkeit kein weiteres als das des strengen ius civile.

Sechstes Kapitel.

Die operis novi nuntiatio und das interdictum quod vi aut clam.

Das Vertiefen eines Grundstücks schließt eine willkürliche, äußerliche Veränderung des Grundstücks in sich. Gegen solche willkürliche Veränderungen bot das prätorische Recht dem Nachbar zwei Rechtsmittel: die operis novi nuntiatio und das interdictum quod vi aut clam. Es fragt sich nun, unter welchen Voraussetzungen können die beiden Rechtsmittel dem Grundeigentümer die Vornahme von Handlungen auf dem eigenen Grundstück untersagen.

Die operis novi nuntiatio dürfte für den Fall der Grundstücksvertiefung nicht in Frage kommen. L. 1 §§ 11, 12 D. 30, 1 sagt: Opus novum facere videtur, qui aut aedificando aut detra-

[1]) Werr a. a. O. S. 16; Randa, Besitz a. a. O. S. 164; Sintenis, Zivilrecht a. a. O. Bd. 1 S. 475.

hendo aliquid pristinam faciem operis mutat. Hoc autem edictum non omnia opera amplectitur, sed ea sola, quae solo coniuncta sunt, quorum aedificatio vel demolitio videtur opus novum continere. Ein opus im Sinne der operis novi nuntiatio kann das Vertiefen nicht sein, da weder das aedificare noch das detrahere paßt, noch auch das vertiefte Grundstück ein opus solo coniunctum, sondern der Grund und Boden selbst ist. In der operis novi nuntiatio will die Interpretation hauptsächlich ein Mittel sehen, das Aufführen und Niederreißen von Gebäulichkeiten gegen den Willen des Nachbars zu verhindern. Dieser Ansicht ist die Mehrzahl der gemeinrechtlichen Schriftsteller[1]) und die Praxis.[2])

Das interdictum quod vi aut clam richtet sich ebenfalls gegen ein opus auf einem Grundstück; doch ist der Begriff des opus nicht so eng gefaßt, wie bei der operis novi nuntiatio; vielmehr bedeutet opus hier jede menschliche Tätigkeit auf einem Grundstück und ihr Resultat. Hoc interdictum ad ea sola opera pertinet quaecunque in solo vi aut clam fiunt l. § 4 D. 43, 24.

Die Tätigkeit muß auf einem Grundstück erfolgen: notavimus supra, quod, quamvis verba edicti late pateant, tamen ad ea sola opera pertinere interdictum placere, quaecunque fiant in solo l. 7 § 5 D. 43, 24.

Ferner muß derjenige, der sich des Interdikts bedienen will, ein berechtigtes Interesse daran haben, daß die Tätigkeit auf dem Grundstück unterbleibt: l. 11 § 14 D. h. t. idem Julianus scribit interdictum non solum domino, sed etiam his, quorum interest opus factum non esse competere. Also nicht nur der Eigentümer, auf dessen Grundstück von fremder Seite eine Tätigkeit ausgeübt wird, sondern auch der Fremde kann dem Eigentümer eine Tätigkeit untersagen, wenn er ein berechtigtes Interesse daran hat. Wann liegt nun ein berechtigtes Interesse vor, etwa nur dann, wenn mit der Tätigkeit des Nachbars eine immissio verbunden ist? Ein berechtigtes

---

[1]) vgl. Windscheid a. a. O. Bd. 2 S. 799; Dernburg, Pand. Bd. 1 S. 551; Burckhard a. a. O. S. 15 usw.

[2]) Seufferts Archiv Bd. 3 Fall 38, 174, Bd. 5 Fall 28, 71, Bd. 9 Fall 161, Bd. 15 Fall 236, Bd. 21 Fall 56.

Interesse wird von den römischen Juristen schon dann als vorliegend anerkannt, wenn durch das opus ein Schaden droht, so daß der Bedrohte von dem Nachbar die cautio damni infecti stipulieren könnte l. 3 u. 6 D. 43,24.

Weitere Voraussetzung ist, daß die Tätigkeit vi aut clam sich vollzieht. Vi handelt derjenige, der gegen den kundgegebenen Willen des Nachbars, — was symbolisch lapilli iactu geschehen kann, — clam handelt der, der ohne Wissen hinter dem Rücken des zum Widerspruch Berechtigten, obwohl er dessen Widerspruch fürchtete oder fürchten mußte (l. 3 § 7 D. 43,24), Veränderungen an seinem Grundstück vornimmt. Unkenntnis der Möglichkeit des Widerspruchs schließt die Folgen des Interdikts nicht aus, ne melioris condicionis sint stultiquam periti l. 4 D. 43, 24.

Um demnach den Wirkungen des Interdikts zu entgehen, darf der Grundeigentümer weder gegen den Willen des Nachbars noch hinter dessen Rücken eine Tätigkeit auf seinem Grundstück vornehmen, sobald dadurch ein berechtigtes Interesse des Nachbars verletzt werden könnte. Wäre nun der Nachbar in der Lage für immer jene Tätigkeit zu untersagen, so wäre allerdings die Befugnis zum Vertiefen bedeutend eingeengt gegen die Zeit des strengen ius civile. Denn der Begriff des verletzten Interesses geht bedeutend weiter als der des widerrechtlichen Eingriffs. Als Interesse des Nachbars, das durch Vertiefen verletzt werden könnte, ohne daß mit dem Vertiefen eine immissio verbunden ist, kommt in Betracht, daß er durch das Vertiefen geschädigt wird. Wenn nun dem Nachbar der Schaden ersetzt wird, oder für den zu erwartenden Schaden Sicherheit geleistet wird, so ist sein Interesse gewahrt. Das interdictum quod vi aut clam kann ihm dann nicht weiter helfen. Untersagen kann er dem Nachbar, der sein Grundstück vertiefen will, diese Tätigkeit nicht mehr. Dessen Recht ist also nicht mehr begrenzt. So entscheidet auch l. 3 § 6 D. 43,24: sed et si quis, damni infecti paratus sit cavere, cum propter hoc tantum esset prohibitus, vel quia non defendebat vel damni infecti non repromittebat, consequens, est dicere desinere eum vi facere.

Mit anderen Worten, das interdictum quod vi aut clam

setzt keinen erweiterten Begriff der Widerrechtlichkeit voraus. Es ist ein Behelf um entweder die Widerrechtlichkeit fremder Eingriffe festzustellen, und bis zur Feststellung unbehelligt zu bleiben, oder, was für unsere Frage vor allem in Betracht kommen muß, die Vertiefungsarbeiten zu suspendieren, bis der Nachbar vor drohendem Schaden sichergestellt ist. Das Interdikt hat damit mehr prozessualische Natur.[1] [2])

Schließlich ist in Betracht zu ziehen, daß das interdictum quod vi aut clam im gemeinen Recht keine Aufnahme gefunden hat, wenigstens steht die Theorie und Praxis mit wenigen Ausnahmen auf diesem Standpunkt. So sagt das Oberappellationsgericht in Dresden in einem Erkenntnis vom 7. 11. 1862: „Daß von der Anwendung des interdictum quod vi aut clam nach heutigem Recht nicht mehr die Rede sein kann, bedarf im Hinblick auf die Grundprinzipien des gerichtlichen Verfahrens keiner ausführlichen Darlegung."

Schließen wir damit die Frage nach der Zulässigkeit der Grundstücksvertiefungen im gemeinen Recht ab, so ergibt sich: der Grundeigentümer darf sein Grundstück vertiefen wo und so weit er will, er handelt nur dann widerrechtlich, wenn mit den Vertiefungsarbeiten eine immissio verbunden ist, d. h. wenn entweder unmittelbar Substanzen in das Nachbargrundstück eingeführt werden, die dort einen sichtbar umgrenzten Raum einnehmen, oder mittelbar, aber nur dann, wenn die Wirkung auf das Nachbargrundstück außergewöhnlich und schädlich ist.

Siebentes Kapitel.

Die Beschränkung des Vertiefungsrechtes nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch.

Bei der Behandlung der vorliegenden Frage nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch müssen wir wieder auf den Begriff des Eigentumsrechtes an Grundstücken zurückgehen. Eine

---

[1]) A. A. Dernburg, Pand. Bd. 1 S. 555.

[2]) vgl. Stötzel, op. n. n. u. int. qu. v. aut. cl. S. 588 a. a. O.; Werr a. a. O. S. 22.

Definition dieses Begriffes hat auch das Bürgerliche Gesetzbuch nicht gebracht, aber es bestimmt in § 903 den Inhalt des Eigentumsrechtes: „Der Eigentümer einer Sache kann, soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen, mit der Sache nach Belieben verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschließen."

Das Recht des Eigentümers ist also durch zwei Faktoren eingeschränkt, einmal durch das Gesetz, worunter nach Art. 2 EG. z. BGB. jede Rechtsnorm zu verstehen ist und durch Rechte Dritter.

Erwähnt sei hier noch, daß nach Art. 11 des EG. z. BGB. die landesgesetzlichen Vorschriften, welche im öffentlichen Interesse das Eigentum in Ansehung tatsächlicher Verfügung beschränken, sowie nach Art. 124 des EG. z. BGB. die landesgesetzlichen Vorschriften, welche das Eigentum an Grundstücken zugunsten des Nachbars noch anderen als den im Bürgerlichen Gesetzbuch bestimmten Beschränkungen unterwerfen, unberührt bleiben.

Es fragt sich nun, was ist unter Gesetz in seiner Gegenüberstellung zu Rechten Dritter speziell bei dem Grundeigentumsrecht zu verstehen. Klar ist das Verhältnis auf keinen Fall und die Ansichten sind sehr verschieden. Dernburg ist der Ansicht, gemeint sei wohl, daß öffentliches oder privates Recht die Schranke bilde,[1]) während andere Schriftsteller unter Rechten Dritter die auf privatrechtlichen Titeln beruhenden Servituten,[2]) oder sämtliche Rechte in re aliena,[3]) oder sämtliche Rechte, die zum Besitz berechtigen,[4]) verstehenwollen.

Der Begriff der Rechte Dritter, die der freien Befugnis des Eigentümers entgegenstehen, kann nach meiner Ansicht nicht weit genug gefaßt werden. Daß jemand gegen die Rechtsordnung verstößt, wenn er sich verpflichtet hat ein Recht in gewisser Beziehung nicht auszuüben und dann doch das Recht

[1]) Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs a. a. O. Bd. 3 S 194.

[2]) Werr a. a. O. S. 33.

[3]) Heilfron a. a. O.; bürgerl. Recht Bd. 3 S. 229.

[4]) Achilles, Komm. z. BGB. § 903 Anm. 2.

ausübt, ist klar. Die auf privater Abmachung beruhenden Eigentumsbeschränkungen gehören sicherlich hierher, aber sie interessieren in unserem Fall weniger. Gerade bei dem Eigentumsrecht an Grundstücken treten aber weiterhin Rechte Dritter der freien Betätigung entgegen, wie sie bei beweglichen Sachen nicht vorkommen, nämlich bei den Interessenkollisionen, wie sie im Anfang dargelegt sind. Auf diese muß vor allem Rücksicht genommen werden. Würde demnach eine Tätigkeit auf meinem Grundstück auf das Nachbargrundstück eine Einwirkung ausüben, so steht ihr das Recht des Nachbars gegenüber, diese Einwirkungen zu untersagen. Wie aber auch weiter im Anfang ausgeführt, kann dieser Grundsatz nicht bis zum äußersten durchgeführt werden. Das Gesetz muß die Befugnisse aus dem Eigentumsrecht beschneiden. Der Nachbar muß also auch gewisse Eingriffe dulden, und was er gesetzlich nicht zu dulden braucht, das darf er zurückweisen, das ist sein Recht. Anderseits gibt es gewisse Handlungen, die an sich nicht in die Rechtssphäre des Nachbars eingreifen und trotzdem im Interesse des Verkehrs der Grundeigentümer nicht vorgenommen werden dürfen. Auch solche Handlungen muß das Gesetz verbieten. Daraus ist zu schließen, daß „Gesetz“ und „Rechte Dritter“ in keinem sich ausschließenden Gegensatz stehen, soweit es sich um das Grundeigentumsrecht handelt. § 903 will nur sagen: Die Betätigung des Eigentumsrechtes ist nicht gestattet insoweit sie durch eine positive gesetzliche Vorschrift untersagt ist, ganz gleichgültig, ob sie einen Eingriff in die fremde Rechtssphäre enthält oder nicht. Besteht eine solche positive Gesetzesvorschrift nicht, so ist die Betätigung gleichwohl nicht gestattet, wenn das Recht eines Dritten in seinem gesetzlichen Umfang, der Betätigung entgegensteht. Der Ansicht Dernburgs,[1]) der unter „Gesetz“ nur öffentliches Recht verstehen will, kann ich nicht beipflichten in Rücksicht auf Art. 2 EG. z. BGB., der dem Begriff die denkbar weiteste Ausdehnung gibt.

[1]) a. a. O.

Achtes Kapitel.

Die Einwirkung auf die nachbarliche Rechtssphäre und ihre Zulässigkeit nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche.

Das Recht zum Vertiefen eines Grundstücks — auf die positive Gesetzesvorschrift des § 909 soll erst später näher eingegangen werden — kann nun dadurch beschränkt sein, daß der Nachbar berechtigt ist eine Einwirkung auf sein Grundstück infolge des Vertiefens zu untersagen.

Es fragt sich nun, in welchem Umfang gestattet das Gesetz dem Nachbar überhaupt Einwirkungen zu untersagen.

Es ist zunächst davon auszugehen, daß jede Handlung, die eine Einwirkung auf die nachbarliche Rechtssphäre enthält, widerrechtlich ist, soweit nicht der Nachbar sie nach dem Gesetz zu dulden verpflichtet ist.

Es fragt sich nun, was versteht das Bürgerliche Gesetzbuch unter Einwirkung.

Daß das Bürgerliche Gesetzbuch den Boden der römischen Immissionentheorien verlassen hat, mag sich aus § 906 zur Genüge ergeben:

„Der Eigentümer eines Grundstücks kann die Zuführung[1]) von Gasen, Dämpfen, Gerüchen, Rauch, Ruß, Wärme, Geräusch, Erschütterungen und ähnlichen von einem anderen Grundstück ausgehende Einwirkungen insoweit nicht verbieten, als die Einwirkung die Benutzung seines Grundstückes nicht, oder nur unwesentlich beeinträchtigt, oder durch eine Benutzung des andern Grundstücks herbeigeführt wird, die nach den örtlichen Verhältnissen bei Grundstücken dieser Lage gewöhnlich ist. Die Zuführung durch eine besondere Leitung ist unzulässig."

Freilich, die Behandlung der Einwirkung hat die Grundsätze mit der römischen Behandlung vielfach gemeinsam, aber der Begriff der Einwirkung ist wesentlich verschieden von der römischen Auffassung des Eingriffs.

Während im römischen Recht nur Körper, die einen sicht-

---

[1]) Der Ausdruck „Zuführung" ist irreleitend, da man unter Zuführen an etwas Beabsichtigtes und eine dementsprechende Anlage denkt.

baren Raum einnehmen, Gegenstand der immissio sein können, hat das Bürgerliche Gesetzbuch auch dann eine Einwirkung für vorliegend erachtet, die der Nachbar an sich zurückweisen könnte, wenn unsichtbare Kräfte, Wärme, Geräusch, Erschütterungen dem Nachbargrundstück zugeführt werden. Der Begriff der Einwirkung ist also wesentlich weiter.

Es fragt sich nun, wie weit ist der Begriff auszudehnen? Eine Definition des Begriffes Einwirkung gibt das Bürgerliche Gesetzbuch nicht, sie wäre auch zu schwierig; aber man kann doch aus dem Ausdruck selbst die Voraussetzung der Einwirkung festlegen. Es muß also zunächst eine Wirkung auf die Substanz des Nachbargrundstücks da sein. Diese setzt eine Kraft voraus, und diese Kraft muß durch das Handeln des Nachbars hervorgerufen sein. Der Nachbar kann demnach auf das fremde Grundstück dadurch einwirken, daß er auf die Substanz eine Kraft ausübt, indem er entweder die Substanz sofort durch sein Handeln verletzt, oder durch sein Handeln eine Kraft erzeugt, die sich fortpflanzend in dem Nachbargrundstück eine Wirkung ausübt. Die Kraft kann nun entweder sichtbar wie durch das Zuführen fester Körper, oder unsichtbar durch Zuführen von Gasen, elektrischer Kraft usw. in die Erscheinung treten. Es muß also in der Rechtssphäre durch die Handlung des Nachbars eine Kraft wirken, die ohne das Handeln des Nachbars nicht vorhanden ist.

Wie der Begriff des Eingriffs in die fremde Rechtssphäre selbst, so ist auch seine Zulässigkeit im Bürgerlichen Gesetzbuch wesentlich erweitert. Mit Ausnahme des Überhangs, des Überfalls ist das Zuführen fester Substanzen in das Nachbargebiet nicht erlaubt. Nur sogen. Imponderabilien wie Rauch, Ruß usw. muß der Nachbar in seiner Rechtssphäre dulden, aber nur dann, wenn sie mittelbar seinem Grundstück zugeführt werden. Die Zuführung durch eine besondere Leitung, so daß die Zuführung also unmittelbar und notwendig ist, ist unzulässig, also wie im römischen Recht. Die mittelbare Zuführung braucht der Nachbar nicht zu dulden, wenn sie durch eine Benutzung des Grundstückes herbeigeführt ist, die außergewöhnlich nach den örtlichen Verhältnissen bei Grundstücken dieser

Lage ist, und wenn das Nachbargrundstück nicht nur unwesentlich beeinträchtigt wird. Dies sind ja auch im römischen Recht dieselben Grundsätze.

Aber der Nachbar hat nicht nur ein Recht, Arbeiten zu untersagen, wenn die Einwirkung auf seine Rechtssphäre in die Erscheinung tritt; er kann sogar untersagen, daß Anlagen geschaffen worden, von denen mit Sicherheit vorauszusehen ist, daß sie eine unzulässige Einwirkung auf seine Rechtssphäre zur Folge haben werden. § 907 sagt: „Der Eigentümer eines Grundstücks kann verlangen, daß auf dem Nachbargrundstück nicht Anlagen hergestellt oder gehalten werden, von denen mit Sicherheit vorauszusehen ist, daß ihr Bestand oder ihre Benutzung eine unzulässige Einwirkung auf sein Grundstück zur Folge hat. Genügt eine Anlage den landesgesetzlichen Vorschriften, die einen bestimmten Abstand von der Grenze oder sonstige Schutzmaßregeln vorschreiben, so kann die Beseitigung der Anlage erst verlangt werden, wenn die unzulässige Einwirkung tatsächlich hervortritt.

Bäume und Sträucher gehören nicht zu Anlagen ein Sinne dieser Vorschriften.“

Hat nun das Vertiefen eines Grundstücks eine Einwirkung auf das Nachbargrundstück zur Folge?

Auch im Bürgerlichen Gesetzbuch müssen wir wieder unterscheiden: Ist mit den Vertiefungsarbeiten die Zuführung von Substanzen oder von Erschütterungen und Geräuschen usw. verbunden, so kann eine Einwirkung vorliegen, die nach den oben angeführten Grundsätzen geduldet werden muß oder verboten werden kann. Aber mit dem einfachen Tieferlegen eines Grundstücks, das zum Resultat hat, daß das Grundstück jetzt tiefer liegt, ist keine Einwirkung auf das Nachbargrundstück verbunden. Es wird dem Nachbargrundstück keine Kraft zugeführt, die früher nicht gerade so intensiv gewirkt hätte. Selbst wenn das Nachbargrundstück infolge des Vertiefens abstürzt, so stürzt es dennoch nicht durch eine Kraft, die ihm zugeführt worden ist. Es stürzt durch die Schwerkraft. Diese ist aber im Augenblick des Sturzes gerade so stark, wie sie vor dem auch war. Also aus seinem Eigentumsrecht heraus kann der Nachbar das Ver-

tiefen nicht untersagen, weil dadurch eine unzulässige Einwirkung auf sein Grundstück verbunden wäre.

Es fragt sich nun, kann der Nachbar auch aus § 907 Rechte gegen den vertiefenden Eigentümer herleiten? Diese Frage hat ja nur dann Bedeutung, wenn mit den Vertiefungsarbeiten unzulässige Einwirkungen verbunden sind, da § 907 ja verlangt, „daß mit Sicherheit vorauszusehen ist, daß ihr — der Anlage — Bestand oder ihre Benutzung eine unzulässige Einwirkung auf das Nachbargrundstück zur Folge haben wird."

Es wird also vor allem darauf ankommen, den Begriff der Anlage, den das Bürgerliche Gesetzbuch nicht weiter erläutert, klarzulegen.

Streitig ist zunächst, ob der Begriff der Anlage weit oder eng zu fassen ist.

Aus § 907 Abs. 2 folgern viele Schriftsteller,[1]) daß der Begriff der Anlage sehr weit gefaßt werden müsse, wenn selbst Bäume und Sträucher speziell ausgenommen würden. Mit demselben Rechte könnte man umgekehrt argumentieren, der Begriff müsse möglichst eng gefaßt werden, weil selbst Bäume und Sträucher nicht zu den Anlagen im Sinne dieser Vorschriften gehören. Aus Abs. 2 des § 907 auf den Umfang des Begriffes Anlage schließen zu können, ist mir nicht klar.

Noch weniger klar ist es mir aber daraus, daß die Entwürfe zum Bürgerlichen Gesetzbuch in den §§ 864 bezw. 821 die Einschränkung nicht machen, zu schließen, die Entwürfe hätten den Begriff der Anlage sehr weit gefaßt, und deshalb müsse man ihn auch im Bürgerlichen Gesetzbuch möglichst weit ausdehnen.[2])

Die Ausnahme hinsichtlich der Bäume und Sträucher ist nur aus dem Grunde erfolgt, weil ihr Verhältnis zu dem Nachbargrundstücke in besonderen Paragraphen eingehend geregelt werden soll.

Eine feste Begrenzung des Begriffs läßt sich aus dem Bürgerlichen Gesetzbuch allein nicht gewinnen, dem muß der Sprachgebrauch des praktischen Lebens zu Hilfe kommen.

---

[1]) vgl. Werr a. a. O. S. 37ff.

[2]) So Werr a. a. S. S. 37ff.

Unter Anlage versteht man ein Werk von einer gewissen Selbständigkeit, das aus sich, oder infolge menschlichen Zutuns Veränderungen in der Außenwelt hervorzubringen imstande ist. So sagt auch hinsichtlich des § 907 eine Entscheidung des Reichsgerichts,[1]) daß solche Anlagen gemeint sind, „die entweder selbsttätig oder durch menschliches Zutun mittels Hinüberleitens ihrer Bestandteile oder mittels Zuführung greifbarer oder doch sinnlich wahrnehmbarer Stoffe die Grenze überschreiten oder zu überschreiten drohen." Wenn ich nun die Charakterisierung der Anlage als solche, wie sie die Entscheidung gibt, vollständig billige, so halte ich doch die Erläuterung der Einwirkung, wie sie die Anlage ausüben soll, für zu eng gefaßt. Die Entscheidung verlangt von der Einwirkung, daß sie in dem Hinüberleiten oder Zuführen wenigstens sinnlich wahrnehmbarer Stoffe besteht. Das Bürgerliche Gesetzbuch erachtet aber in § 906 schon dann eine Einwirkung für vorliegend, wenn, wie bei Erschütterungen Kräfte eingeführt werden, die keine Stoffe sind.

Ist nun das Vertiefen eine „Anlage", selbst wenn damit Einwirkungen unzulässiger Art auf das Nachbargrundstück verbunden sind? Das Vertiefen ist kein Werk, das selbständig Veränderungen in der Außenwelt hervorbringt; das Vertiefen ist die Veränderung selbst, die der Mensch durch seine Arbeit hervorbringt. Es kann selbstverständlich mit den Vertiefungsarbeiten eine Anlage verbunden sein, ein Steinbrecher, Bohrmaschinen usw., aber das Vertiefen selbst ist keine Anlage.[2]) [3])

Neuntes Kapitel.

Die Vorschrift des § 909 des BGB.

Gehen wir nunmehr auf die positive Gesetzesvorschrift des Bürgerlichen Gesetzbuchs über, die die Befugnis zum Vertiefen eines Grundstückes einschränkt. § 909 sagt: „Ein Grundstück darf nicht in der Weise vertieft werden, daß der Boden des

---

[1]) Entsch. d. RG. in Zivils. Bd. 50 S. 253.

[2]) vgl. demgegenüber Werr a. a. O. S. 48.

[3]) vgl. Entsch. d. RG. Bd. 52 S. 253.

Nachbargrundstückes die erforderliche Stütze verliert, es sei denn, daß für anderweitige genügende Befestigung gesorgt ist."

Schon aus der Fassung des Paragraphen geht hervor, daß an und für sich mit dem Vertiefen eines Grundstückes keine unzulässige Einwirkung auf das Nachbargrundstück verbunden ist, die der Nachbar kraft seines Eigentumsrechtes zurückweisen könnte, denn dann müßte der Paragraph logischerweise lauten: „Der Nachbar darf die Vertiefung eines Grundstücks nur insoweit verbieten, als das eigene Grundstück die erforderliche Stütze verliert, es sei denn, daß für anderweite genügende Stütze gesorgt ist."

Der Eigentümer darf somit sein Grundstück vertiefen, nur nicht soweit, daß das Nachbargrundstück die erforderliche, natürliche Stütze verliert; aber auch darauf braucht er keine Rücksicht zu nehmen, unter der Voraussetzung, daß eine anderweitige genügende, eine künstliche Stütze beschafft ist.

Es fragt sich nun: was versteht das Bürgerliche Gesetzbuch unter dem Ausdruck „erforderliche Stütze"? Wird ein Grundstück vertieft, so muß notwendig das Nachbargrundstück eine Stütze verlieren. Wenn es an sich auch noch konsistent ist, und sogar auch noch Belastungen aushält, so ist doch noch immer der Fall der Belastung denkbar, der das Grundstück zum Abstürzen bringt, was unmöglich gewesen wäre, wenn das Nachbargrundstück nicht vertieft worden wäre. Der Druck auf das Grundstück muß, da er in vertikaler Richtung Widerstand findet, sich in Seitendruck umsetzen, dem das Nachbargrundstück zu begegnen hat. Denkt man sich ein Grundstück durch Abtragen der Nachbargrundstücke bis zum Mittelpunkt der Erde isoliert, so stellt es sich als Kugelausschnitt dar, der auf der Spitze im Mittelpunkte der Erde ruht. Dieser Körper würde infolge der Schwerkraft der Erde, die zum Mittelpunkt der Erde zieht, in sich zusammenstürzen, wenn dem Druck der eigenen Masse der Gegendruck der Nachbargrundstücke nicht mehr entgegensteht und das Gleichgewicht hält. Durch Vertiefen eines Grundstückes wird nun ein Teil dieses Gegendruckes dem Nachbargrundstück entzogen, dem Nachbar also die Möglichkeit der Belastung um einen Teil gemindert, und der Teil wird um so größer,

je mehr das Grundstück vertieft wird. Bei unseren heutigen Verkehrsverhältnissen, unseren Riesenbauten, würde nun der Ausschluß der Möglichkeit einer solchen Belastung infolge des Vertiefens des Nachbargrundstücks eine Schädigung darstellen, da nunmehr durch entsprechend tiefere Fundamentierung der Gefahr des Absturzes vorgebeugt werden muß, was erhebliche Unkosten verursachen kann. Den vertiefenden Eigentümer verpflichten zu wollen, das Nachbargrundstück jeder Belastung für fähig zu erhalten, wäre ungerecht; denn will der Nachbar aus seinem Grundstück außergewöhnlichen Nutzen dadurch ziehen, daß er sein Grundstück sehr stark belastet, so darf er das doch nicht lediglich auf Kosten des Grundeigentümers tun, der aus seinem Grundstück durch Vertiefen Nutzen ziehen will. Anderseits darf der vertiefende Eigentümer doch nicht so weit vertiefen, daß das Nachbargrundstück zwar noch steht und noch nicht stürzt, daß es aber bei der geringsten Belastung durch einfaches Gehen oder Fahren auf demselben zusammenstürzen würde. Daß das Nachbargrundstück durch das Vertiefen an sich nicht nachstürzen darf, bedarf keiner weiteren Erklärung. Es fragt sich nur, wie weit darf das Nachbargrundstück der durch das zu vertiefende Grundstück gebotenen Stütze beraubt werden, weil die Gebrauchsfähigkeit leidet? Es muß also zwischen den beiden oben angeführten Extremen, die einerseits das Interesse des vertiefenden Eigentümers, anderseits das Interesse des Nachbars bis zum Äußersten verfolgen, einen Mittelweg geben, der den beiden kollidierenden Interessen in gleicher Weise gerecht wird. Es handelt sich um zwei Rechte, die sich gegenüberstehen, einmal das Recht des vertiefenden Eigentümers, das Grundstück nach Belieben auszubeuten, sodann das durch § 909 dem Nachbar gegebene Recht sein Grundstück unversehrt und gesichert vor jeder Gefahr des Einsturzes zu erhalten.

Das eine Recht zugunsten des andern ganz zu beseitigen, wäre ja unmöglich; es fragt sich daher, welche ist die Norm, die den Widerstreit der Interessen dadurch zum Ausgleich bringt, daß beide Rechte beschnitten werden, und jeder in gleichem Maße Vorteile und Nachteile tragen muß. Die Entscheidung darüber für Tatfrage zu erklären, erscheint mir nicht

notwendig. Zwar allgemeine Grundsätze über Kollision der Rechte und ihre Regelung kennt das Bürgerliche Gesetzbuch nicht[1]), aber wir haben im Bürgerlichen Gesetzbuch Normierung von Interessenkollisionen, die der unsrigen sehr nahe verwandt sind, wo auch durch Vornahme von Handlungen auf dem eigenen Grundstück das Nachbargrundstück in unzulässige Mitleidenschaft gezogen wird, wo aber gleichwohl im Interesse des wirtschaftlichen Lebens die Handlungen nicht untersagt werden dürfen. § 906 enthält eine solche Bestimmung und regelt die Frage nach der Zulässigkeit der Zuführung von Gasen, Dämpfen usw. so, daß der Nachbar die Zuführung insoweit nicht verbieten kann, „als sie die Benutzung nicht oder nur unwesentlich beeinträchtigt, oder durch eine Benutzung des anderen Grundstücks herbeigeführt wird, die nach den örtlichen Verhältnissen bei Grundstücken dieser Lage gewöhnlich ist". Analog ist dieser angeführte Fall dem unsrigen nicht. Während in § 906 der Grundeigentümer, der in das Nachbargebiet eingreift, und somit an sich widerrechtlich handelt, geschützt wird, indem ihm der Nachbar unter gewissen Voraussetzungen den Eingriff gestatten muß, wird in § 909 der Nachbar gegen den Eigentümer, der an sich nicht widerrechtlich handelt, geschützt, indem dem Eigentümer das Vertiefen unter gewissen Voraussetzungen verboten wird. Aber aus der Art, wie bei der Interessenkollission der zu Schützende tatsächlich geschützt wird, sind uns Direktiven für die Lösung unserer Frage gegeben. Der zu schützende Grundeigentümer wird in § 906 insoweit in Schutz genommen, als mit Rücksicht auf die örtlichen Verhältnisse der Grundstücke dieser Lage die Benutzung seines Grundstückes eine gewöhnliche ist.

Übertragen wir nun das Maß des Schutzes auf unseren Fall, so würde der Nachbar des vertiefenden Eigentümers insoweit geschützt, als seine Benutzung des Grundstücks nach den örtlichen Verhältnissen bei Grundstücken dieser Lage eine gewöhnliche ist. Der vertiefende Eigentümer muß also darauf Rücksicht nehmen, daß das Nachbargrundstück nicht abstürzt,

---

[1]) Dernburg a. a. O. Bd. 1 S. 110; daselbst Mot. Bd. 1 S. 275.

aber auch, daß es für die nach den örtlichen Verhältnissen bei Grundstücken dieser Lage gewöhnliche Benutzung gebrauchsfähig bleibt; darauf, daß dem Nachbar die Möglichkeit bleibt, in Zukunft auch außergewöhnlich hohe Ansprüche an die Benutzung zu stellen, braucht der vertiefende Eigentümer keine Rücksicht zu nehmen, es sei denn, daß durch diese Rücksichtnahme sein Vertiefungsrecht nicht oder nur unwesentlich beeinträchtigt wird. Ist also das Nachbargrundstück eine öffentliche Straße, auf der große Lasten transportiert werden, die mit schweren Lastwagen oder Dampfwalzen befahren zu werden pflegen, so muß der vertiefende Eigentümer darauf Rücksicht nehmen. Er handelt widerrechtlich, wenn er das Grundstück so weit vertieft, daß nur leichte Fuhrwerke auf der Straße fahren können, ohne daß sie nachstürzt. Anderseits braucht der vertiefende Eigentümer nicht darauf Rücksicht zu nehmen, daß es dem Nachbar einmal einfallen könnte, auf seinen Acker eine Dampfwalze zu fahren, so daß durch diese außergewöhnliche Belastung das Grundstück in das vertiefte Grundstück abstürzt. Dieses Resultat erscheint mir auch gerecht; es nimmt Rücksicht auf die beiderseitigen Interessen, gestattet dem vertiefenden Eigentümer sein Grundstück auszubeuten, ohne auf die Möglichkeit einer außergewöhnlichen Inanspruchnahme des Nachbargrundstücks Rücksicht nehmen und die Kosten einer außergewöhnlich starken Abstützung tragen zu müssen, und anderseits gewährt es dem Nachbar die Möglichkeit seines bisherigen und des gewöhnlichen Gebrauchs. Der Eigentümer, der sein Grundstück vertiefen will, so daß dem Nachbar nicht einmal die bisherige gewöhnliche Benutzung bleibt, muß den Nachteil tragen für genügende Befestigung zu sorgen, während der Nachbar diesen Nachteil selbst tragen muß, wenn er fürderhin durch außergewöhnliche Belastung sein Grundstück ausnützen will.

In Kürze zusammengefaßt, darf also der Eigentümer, der sein Grundstück vertiefen will, ohne anderweitig für genügende Befestigung zu sorgen, nicht so weit vertiefen, daß das Nachbargrundstück nachstürzt oder nachstürzen würde bei einer Belastung, wie sie nach den örtlichen Verhältnissen bei Grundstücken dieser Lage der gewöhnliche Gebrauch mit sich bringen würde.

Zweiter Teil.

Die Schadensersatzpflicht des vertiefenden Grundeigentümers.

Zehntes Kapitel.

Die rechtliche Konstruktion des Schadensersatzanspruchs nach gemeinem Recht. Die actio legis Aquiliae.

Wie schon im Anfang gesagt wurde, ist in der Regel ein Schadensersatzanspruch gegeben, wenn der Geschädigte durch die widerrechtliche Handlung eines Dritten verletzt wurde; darum wurde auch zunächst im vorhergehenden der Umfang des Vertiefungsrechtes festgelegt, über den hinaus der vertiefende Eigentümer widerrechtlich handelt.

Der Begriff des widerrechtlichen Vertiefens ist im gemeinen Recht, wie im vorhergehenden ausgeführt, sehr eng gefaßt. Das Vertiefen an sich ist nie widerrechtlich, nur wenn damit Immissionen verbunden sind, liegt ein widerrechtliches Handeln vor. Die Klage, mit der Schadensersatz verlangt werden kann, sofern er durch widerrechtliches Handeln begründet ist, ist die actio legis Aquiliae. Das dritte Kapitel der lex, das allein für uns in Betracht kommen kann, lautete in seiner alten Fassung „Ceterarum rerum, si quis alteri damnum faxit, quod usserit fregerit ruperit iniuria, quanti ea res fuerit, in XXX diebus proximis tantum aes ero dare damnas esto.“[1]) Diese Klage hat nun die römische Jurisprudenz durch analoge Anwendung

[1]) So restituiert von Pernice zit. bei Dernburg, Pand. a. a. O. Bd. 2 S. 359.

— actiones utiles — erweitert und verfeinert, und zwar vorzugsweise in Gestalt von formulae in factum.[1]) Aber als Voraussetzung wird immer noch gefordert:

1. damnum corpori datum, also Sachbeschädigung. 2. Ein Schaden, der durch ein Handeln verursacht sein muß;[2]) doch genügt es, daß zwischen dem Handeln und dem Schaden ein irgendwie nachweisbarer Zusammenhang besteht, so daß selbst der, der lediglich causam praestiterit, mit einer actio in factum belangt werden kann. 3. Damnum iniuria datum, also objektive Widerrechtlichkeit und subjektives Verschulden.

Den beiden ersten Erfordernissen dürfte die Vertiefung mit oder ohne Immission als Ursache der Schädigung des Nachbargrundstücks genügen. Aber das dritte Erfordernis, die objektive Widerrechtlichkeit, enthält nur das Vertiefen verbunden mit einer Immission. Iniuria facere heißt, wie Ulpianus in l. 5 § 1 D. 9, 1 erläutert, aliquid non iure facere, etwas tun, wozu man kein Recht hat. Der Eigentümer hat aber, soweit er mit dem Vertiefen keine Immission verbindet, ein unbeschränktes Recht zu vertiefen. Also trotz der weiten Ausdehnung die die actio legis Aquiliae in ihrer Entwicklung erlangt hat, kann der Nachbar sich ihrer doch nicht bedienen, um gegen den Eigentümer Schaden einzuklagen, der durch Vertiefen des Grundstücks, ohne daß eine Immission damit verbunden war, entstanden ist.

Elftes Kapitel.

Der Schadensersatzanspruch entwickelt aus dem Prinzip der Billigkeit. Die cautio damni infecti.

Wäre der Standpunkt nun, der im vorigen Kapitel entwickelt wurde, in der weiteren Entwicklung des römischen Rechts stets behauptet worden, so wäre das eine Härte, die einer fortschreitenden wirtschaftlichen Entwicklung hindernd in den Weg treten mußte. Das Recht muß einen Ausgleich schaffen,

[1]) Dernburg a. a. O. S. 359.

[2]) Bestritten von Dernburg a. a. O. S. 361.

und wenn es den Begriff des Widerrechtlichen nicht erweitern will oder kann, so muß es in dem Prinzip der Billigkeit einen Ausweg finden. Das römische Recht hat es in seiner Fortbildung durch das prätorische Recht auch getan, indem es den Begriff des widerrechtlichen Handelns bei Grundstücksvertiefungen unberührt ließ, ein schädigendes Vertiefen nicht zum widerrechtlichen stempelte, sondern indem es aus der Billigkeit heraus seine Forderungen stellte. Das Mittel fand das prätorische Recht in dem Institut der cautio damni infecti. Es ist ein Mittel ganz subsidiärer Natur, wie l. 18 § 9 D. 39, 2: „quod alia actione quaeri potest, damni infecti omnino non deducitur" bestimmt.

Daß ihre subsidiäre Natur in unserem Fall, wo bis jetzt alles versagte, gewahrt ist, braucht nicht weiter bewiesen zu werden.

Die actio ex cautione damni infecti ist, wie aus dem Edikt des Prätors hervorgeht, l. 7 pr. D. 39, 2 zur Abwehr des Schadens gegeben, der von einem Grundstück herkommt,[1]) aber regelmäßig nur dann, wenn der Beschädigte vor Eintritt des Schadens, also solange er noch einzutreten drohte, die cautio stipuliert hat.

Soll die Möglichkeit der Kautionsbestellung gegeben sein, so muß es sich zunächst um ein damnum handeln. Es fragt sich: wem muß der Schaden drohen? Ob die cautio damni infecti auch dann verlangt werden kann, wenn der Nachbar zwar nicht die Substanz eines Grundstückes, sondern die auf diesem befindlichen Sachen trifft, ist bestritten. Burckhard[2]) folgert aus l. 24 § 12 D. 39,2: ut puta in domo mea puteum aperio, quo aperto venae putei praecisae sunt, an tenear? ait Trebatius non teneri me damni infecti, neque enim existimari operis mei vitio damnum tibi dari in ea re, in qua iure meo usus sum, si tamen tam alte fodiam, ut paries tuus stare non possit, damni infecti stipulatio committetur," daß die Verletzung der Substanz des Grundstückes allein in Betracht kommen

---

[1]) Windscheid a. a. O. Bd. 2 S. 762.

[2]) Burckhard, Die cautio damni infecti a. a. O. S. 236.

könne. Diese Ansicht erscheint mir zu eng und durch l. 24 § 12 D. 39, 2 nicht so klar bewiesen, daß man das Anwendungsgebiet dieses wertvollen Rechtsinstitutes auf Kosten der Forderungen des praktischen Lebens so beschränken soll. Meiner Ansicht nach dient l. 24 § 12 h. t. ebenso wie l. 26 D. 39,2: non debeat videri is damnum facere, qui eo veluti lucro, quo ad huc utebatur prohibetur multumque interesse utrum damnum quis faciat an lucro quod adhuc faciebat uti prohibeatur," lediglich zur Erläuterung des bei der cautio damni infecti geforderten Schadensbegriffes. Es genügt nämlich nicht, daß die Veränderung auf dem Grundstücke dem Nachbar nur lästig ist, auch nicht, daß dem Nachbargrundstück ein nur zufällig genossener Vorteil, oder eine Annehmlichkeit entzogen wird, auf die der Eigentümer kein wohlerworbenes Recht hat, und die er deshalb nicht zu seinem Vermögen rechnen kann, die er eben nur so lange genießt, als der Nachbar sie gutwillig genießen läßt. Es muß sich vielmehr um einen wirklichen Schaden handeln, wie ihn l. 24 § 12 D. h. t. in dem Abrutschen des Grundstücks und dem damit verbundenen Einsturz der Mauern als Folge der Grundstücksvertiefungen sieht[1]).

Die cautio damni infecti kann weiter nur verlangt werden, wenn es sich um ein damnum infectum handelt. Damnum infectum est damnum nondum factum, quod futurum veremur: l. 2 D. h. t., d. h. die cautio kann regelmäßig nur so lange gefordert werden, als der Schaden noch nicht eingetreten ist. „Es kann nicht zugegeben werden, daß nach den Grundsätzen der cautio damni infecti Entschädigung auch dann geleistet werden muß, wenn die fragliche Kaution weder geleistet, noch auch nur gefordert worden sei, vielmehr ist auch für die heutige Anwendbarkeit des gedachten Sicherungsmittels davon auszugehen, daß der von Schaden Bedrohte wenigstens das Seinige getan hat, um das Schadensersatzversprechen zu erlangen[2]). Nur ausnahmsweise wird dieser Grundsatz durchbrochen. Auch nach

---

[1]) vgl. Hesse a. a. O. 2. Aufl. S. 31.

[2]) Seufferts Arch. Bd. 33 Fall 30 vgl. auch Bd. 30 Fall 228, Bd. 31 Fall 334.

Eintritt des Schadens kann der Geschädigte de damno praeterito die cautio verlangen, wenn die Stellung des Antrages vor dem Eintritt des damnum nicht durch Nachlässigkeit des Geschädigten unterblieben ist, so, wenn infolge der Kürze der Zeit oder Abwesenheit in Staatsangelegenheiten das Unterlassen gerechtfertigt werden kann. L. 8 und l. 9 pr. D. 39,2 ist ferner der Antrag auf Bestellung der Kaution rechtzeitig gestellt worden, die Kaution aber vor Eintritt des Schadens doch noch nicht versprochen worden, so soll der Prätor nach seinem Ermessen entweder dem Schädigenden eine cautio de damno praeterito auferlegen, oder dem Geschädigten eine actio in factum auf Schadensersatz geben (l. 15 § 18 D. 39,2).

Der Schaden muß ferner entstanden sein vitio aedis, loci, operis (l. 19 § 1 D. h. t.). Für den Fall der Grundstücksvertiefung kommt in Betracht, daß der Schaden vitio operis entstanden ist. Hier bedeutet opus jede menschliche Tätigkeit, die an oder auf einem Grundstück stattfindet[1]), dann aber auch das Resultat der Tätigkeit[2]). Vitium bedeutet in seiner Zusammenstellung mit operis lediglich Ursache, Grund. In l. 43 § 2 D. 39,2 sind die Ausdrücke vitio operis und propter opus völlig gleichgestellt.[3])

Droht demnach ein Grundeigentümer durch eine Tätigkeit auf seinem Grundstück oder deren Resultat dem Grundstück des Nachbars einen Schaden zuzufügen, so ist dieser berechtigt, von ihm die cautio damni infecti zu stipulieren und kann sie auf Grund der stipulatio einklagen, wenn der Schaden wirklich entstanden ist. Droht also der Eigentümer, der sein Grundstück vertieft, durch die Vertiefungsarbeiten den Nachbar zu schädigen, so muß er auf dessen Verlangen Kaution stellen.

Aber auch nach Vollendung der Vertiefungsarbeiten ist er verpflichtet die Kaution zu versprechen, wenn dem Nachbar durch den Umstand, daß das Grundstück jetzt tiefer liegt, ein Schaden droht. L. 24 pr. D. h. t.: sed quod dictum est „operis

[1]) Hesse a. a. O. S. 147; Burckhard a. a. O. S. 167; Seufferts Arch. Bd. 31 Fall 334.

[2]) Hesse a. a. O. S. 50.

[3]) vgl. Werr a. a. O. S. 27.

vitio“ sic accipiendum est etiamsi proponas non tantum tempore, quo opus fit, sed etiam si postea contingat . . . . . Das geht aber nicht so weit, daß der Grundeigentümer auf unabsehbare Zeit für den Schaden haftet, der infolge der Vertiefung entstehen wird, sondern das damnum muß in der Zeit bis zum dies stipulationi insertus eingetreten sein: l. 13 § 15 D. h. t. Huic stipulationi dies debet insertus, intra quem, si quid damni contigerit, cautio locum habet: neque enim in infinitum obligatus esse debet stipulatione.

Es fragt sich nun, ist das Institut der cautio damni infecti im gemeinen Recht als praktisches Rechtsinstitut anerkannt?

Die große Mehrzahl der gemeinrechtlichen Schriftsteller bejaht die Frage[1]). Nur Hoffmann[2]) hält sie für veraltet und glaubt, daß der gefährdete Nachbar den Gegner durch bloße Warnung zum Ersatz des Schadens verpflichten könne, und daß überdies in den meisten Fällen die Polizei gegen gefahrdrohende Unternehmungen einschreite Aber wie Werr richtig ausführt, läßt sich die erstere Ansicht Hoffmanns durch keine Quellenstelle belegen und hat auch in der Praxis keinen Anklang gefunden. Die letztere Ansicht Hoffmanns ist ganz unhaltbar. Die Aufgabe der Polizei ist es einzuschreiten, wenn ein öffentliches Interesse einer Grundstücksvertiefung entgegensteht, aber um Privatinteressen kann sie sich nicht kümmern. Zu ihrer Verfolgung sind der ordentliche Rechtsweg und die Beamten des Richters da.[3]) So heißt es auch in dem Erkenntnis des Obertribunals zu Berlin vom 8. 2. 1875: „Es ist irrig, wenn die Beklagte meint, die cautio damni infecti sei durch das heutige Bau- und Baupolizeigericht abgeschafft.“

Die Ansicht, daß die cautio damni infecti auch im gemeinen Recht ein brauchbares Institut gewesen ist, wird vor allem durch zahlreiche Entscheidungen aus der Praxis gestützt. So heißt es in einem Erkenntnis des Appelationsgerichts zu Dresden: „Wenn es endlich gemeinrechtlich wie nach der

[1]) vgl. Burckhard a. a. O. S. 630; Hesse a. a. O. S. 148; Unterholzner, Schuldverhältnisse Bd. 2 S. 720 usw.

[2]) Hoffmann, Prakt. Arch. N. F. Bd. 1 S. 290 und 316.

[3]) Werr a. a. O. S. 29.

Praxis keinem Zweifel unterliegen kann, daß die Grundsätze von der cautio damni infecti auch heutzutage Anwendung finden[1])“ . . . . Die Form der Bestellung ist in Deutschland allerdings niemals gebräuchlich gewesen, „allein das Wesen der Kaution, das niemals in der Stipulation lebt, sondern sich lediglich in dem Grundsatz offenbart: ohne ausdrückliches Versprechen keine Klage auf Ersatzleistung, ist in dem gemeinen Recht voll und ganz dasselbe geblieben“[2])

Fassen wir das Gesagte kurz zusammen so ergibt sich: Nach dem gemeinen Recht kann der Eigentümer, dessen Grundstück infolge der Vertiefung eines benachbarten Grundstücks Schaden gelitten hat, Ersatz dieses Schadens nur dann verlangen, wenn er vor Eintritt des Schadens die cautio damni infecti sich hat versprechen lassen. Hat er dies schuldhaft versäumt, so kann er keinen Ersatz verlangen. Es muß also der Grundeigentümer genau aufpassen, daß der Nachbar keine Vertiefungsarbeiten zu seinem Schaden vornimmt, bevor die Kaution bestellt ist. Ist diese bestellt, so haftet der vertiefende Eigentümer aus seinem Versprechen ohne weiteres, wenn die Schädigung eintritt. Das römische und gemeine Recht hat das Recht des Eigentümers zur Vertiefung seines Grundstücks nicht beschränkt; dieser handelt niemals durch Vertiefen widerrechtlich, es sei denn, daß eine immissio damit verbunden ist. Das gemeine Recht kann daher auch nicht eine Schadensersatzpflicht des vertiefenden Eigentümers auf der Grundlage der Widerrechtlichkeit aufbauen. Daher darf es auch dem Eigentümer, der doch formell seinem Recht entsprechend handelt, nicht die Last aufbürden sorgfältig das Wohl des Nachbargrundstücks bei seinen Vertiefungsarbeiten in Erwägung zu ziehen. Wenn das römische und gemeine Recht aber gleichwohl den Nachbar schadlos halten will, so muß es eine Ersatzpflicht des vertiefenden Eigentümers aus dem Prinzip der Billigkeit herleiten und vor allem den Bedrohten ehe der Schaden entstanden ist, zwingen, das

---

[1]) vgl. Seufferts Arch. Bd. 7 Fall 185, Bd. 9 Fall 34/35, Bd. 25 Fall 219, Bd. 31 Fall 334, Bd. 35 Fall 32.

[2]) Hesse a. a. O. S. 95.

Tun und Treiben des Nachbars zu beobachten, und ihn darauf aufmerksam zu machen aus welchen Gründen seine Arbeiten dem anderen Grundstück Schaden drohen, und ihn schließlich zu zwingen die Kaution zu bestellen.

Zwölftes Kapitel.

Die rechtliche Konstruktion der Schadensersatzpflicht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch.

Nach dem nun in den Kapiteln 7, 8 und 9 die Grenze zwischen dem unerlaubten, dem rechtlich zulässigen und widerrechtlichen Handeln des Grundeigentümers, der sein Grundstück vertieft, nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch festgelegt ist, bedarf es im weiteren der Untersuchung, nach welchen Normen sich die Ersatzpflicht des Schadens, der durch das unzulässige Vertiefen entstanden ist, regelt.

Die Verpflichtung zum Schadensersatz ist eine Verpflichtung zur Leistung, die auf einem Schuldverhältnis zwischen dem Geschädigten und dem Schädiger beruht. Es fragt sich nun, worauf beruht dieses Schuldverhältnis zwischen dem vertiefenden Eigentümer und dem Geschädigten?

Allgemein pflegt man die Schuldverhältnisse einzuteilen in solche, die auf Rechtsgeschäfte sich gründen, die uns in unserer Frage aber weiter nicht interessieren, und solche, die nicht auf Rechtsgeschäften basieren. Diese letzteren können wieder sein solche, die sich auf eine gesetzliche Verpflichtung stützen, oder sich auf eine widerrechtliche, unerlaubte Handlung gründen.

Liegt nun in dem § 909, der die Zulässigkeit der Grundstücksvertiefungen regelt, eine gesetzliche Verbindlichkeit zur Schadensersatzpflicht?

Eine Ansicht, die von dem Oberlandesgericht Kassel[1]) hauptsächlich vertreten wird, steht auf dem Standpunkt, daß in § 909 eine gesetzliche Verbindlichkeit enthalten sei. „Der Grundeigentümer dürfe zunächst sein Grundstück vertiefen; das könne ihm

---

[1]) OLG. Rechtsprechung Bd. 5 S. 152.

auch nicht untersagt werden, es sei auch nicht gegen ihn das Verlangen nach Vorkehrungen zur Abwehr der Gefahr gemäß § 908 zum Ausdruck zu bringen, sondern an das Vertiefen verknüpfe sich ohne weiteres die Pflicht des Vertiefenden, soweit dadurch dem Boden des Nachbars die Stütze entzogen wird, für eine genügende anderweitige Sicherung zu sorgen. Das sei danach eine gesetzliche an das Vertiefen des Grund und Bodens sich knüpfende Verbindlichkeit, die wie andere gesetzliche Verbindlichkeiten zu einem Tun, im Falle der Unterlassung dem durch die Unterlassung Geschädigten ein Recht auf Entschädigung gewährt, das von keinem Nachweis eines Verschuldens abhängig sei.“ Dieser Ansicht über eine gesetzliche Verbindlichkeit, die in § 909 zu finden sei, kann ich mich nicht anschließen. Wenngleich es richtig ist, daß der Grundeigentümer zunächst vertiefen kann, daß er eine anderweitige Befestigung anbringen muß, wenn das Nachbargrundstück infolge weiteren Vertiefens zu stürzen droht, so sagt aber § 909 doch nicht: „Wenn dem Nachbargrundstück die erforderliche Stütze entzogen zu werden droht, hat der Eigentümer, der sein Grundstück vertieft, für anderweitige genügende Befestigung zu sorgen.“ § 909 sagt vielmehr, ein Grundstück darf nicht vertieft werden in der Weise, daß das Nachbargrundstück die erforderliche Stütze verliert. Die Verpflichtung besteht demnach darin, daß der Grundeigentümer nicht so weit vertiefen soll, nur für den Fall, daß anderweitige genügende künstliche Stütze vorhanden ist, die die natürliche ersetzt, darf er auch weiter vertiefen. Was die angeführte Entscheidung des Oberlandesgerichts Kassel als eine gesetzliche Verbindlichkeit auffaßt, ist nichts weiter als eine Voraussetzung, unter der der Eigentümer auch noch weiter vertiefen darf, als ursprünglich zugegeben. Außerdem gehört zu einer Verbindlichkeit überhaupt, mit wenigen Ausnahmen, stets aber zu gesetzlichen Verbindlichkeiten, daß ihre Erfüllung von dem, zu dessen Gunsten sie bestehen, verlangt werden kann. Nun erklärt die oben angeführte Entscheidung sehr richtig, daß die Erfüllung dieser Verbindlichkeit nicht gefordert werden kann, wie etwa die Erfüllung der in § 908 enthaltenen Verbindlichkeit. — Diese Gründe sind für mich entscheidend, daß

in § 909 von keiner gesetzlichen Verbindlichkeit die Rede sein kann, und daß damit die Folgerungen bezüglich der Schadensersatzpflicht von selbst ihrer Grundlage entbehren.

Meiner Ansicht nach verfolgt § 909 lediglich den Zweck, den Begriff des widerrechtlichen Handelns zu erweitern, indem er bestimmt: wenngleich an sich das Vertiefen eines Grundstücks keine unzulässige Einwirkung auf die nachbauliche Rechtssphäre bedeutet, so soll das Vertiefen doch widerrechtlich sein, wenn der Nachbar in der Art geschädigt wird, daß sein Grundstück die erforderliche natürliche Stütze verliert, ohne daß für eine künstliche Befestigung gesorgt ist. Damit ist eine andere Grundlage geboten, auf der sich die Schadensersatzpflicht aufbauen kann, die widerrechtliche, die unerlaubte Handlung, und damit richtet sich die Verpflichtung zum Schadensersatz nach den Normen, die das Bürgerliche Gesetzbuch über die Schadensersatzpflicht aus unerlaubten Handlungen in Titel 25 der Schuldverhältnisse enthält.

Dreizehntes Kapitel.

Die Schadensersatzpflicht aus § 823 des BGB.

In Ermanglung spezieller Vorschriften über die Ersatzpflicht aus Grundstücksvertiefungen, haben wir auf den allgemeinen Paragraph, den § 823 zurückzugehen.

§ 823 lautet: „Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.

Die gleiche Verpflichtung trifft denjenigen, welcher gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz verstößt. Ist nach dem Inhalt des Gesetzes ein Verstoß gegen dieses auch ohne Verschulden möglich, so tritt die Ersatzpflicht nur im Falle des Verschuldens ein!“

Gehen wir zunächst auf den Abs. 1 des § 823 ein. Die Voraussetzungen sind folgende:

Es muß 1. Leben, Körper, Gesundheit, Freiheit, Eigentum oder ein sonstiges Recht eines andern, 2. durch widerrechtliches Handeln, 3. vorsätzlich oder fahrlässig verletzt sein und 4. es muß durch die Verletzung ein Schaden entstanden sein. Durch Vertiefung eines Grundstücks in der Art, daß das Nachbargrundstück die erforderliche natürliche Stütze verliert, ohne daß für eine anderweitige genügende Stütze gesorgt ist, wird zunächst das Eigentum des Nachbars, dessen Grundstück, verletzt, aber nicht ausschließlich, es können auch andere Rechtsgüter in Mitleidenschaft gezogen werden. Inwieweit diese durch § 823 geschützt werden, was insbesondere unter dem „sonstigen Recht eines andern“ zu verstehen ist, darauf kann hier nicht näher eingegangen werden. Ebenso kann die Frage nach dem Kausalzusammenhang hier nicht weiter erörtert werden. Ich möchte nur an dieser Stelle auf die Theorie von dem adäquaten Kausalzusammenhang hinweisen, die sich mehr und mehr Bahn bricht, und der ich mich in ihrer Gestaltung, die ihr Max Rümelin[1]) gegeben hat, anschließe. Die Verletzung des Rechtsgutes muß ferner durch ein widerrechtliches Handeln verursacht sein. Lütje[2]) behauptet, es könne Wunder nehmen, daß das Bürgerliche Gesetzbuch die Widerrechtlichkeit besonders erwähnt. Die Handlung, die die in § 823 geschützten Rechtsgüter verletze, sei stets widerrechtlich, es sei denn, daß ein Grund vorläge, der die Widerrechtlichkeit ausschlösse. Bezieht man die Widerrechtlichkeit auf den Begriff des Verletzens, so mag Lütje Recht haben. Ein Recht zu verletzen hat gewiß niemand. Meiner Ansicht nach bezieht sich die Widerrechtlichkeit auf die dem Verletzen zugrunde liegende abstrakte Handlung, ohne Rücksicht auf das Verletzen. Wenn die Handlung vorzunehmen ein Recht der Handelnden ist, kann man die durch das Handeln herbeigeführte Verletzung nicht als widerrechtlich bezeichnen. Gerade bei den Handlungen der Grundeigentümer tritt der Unterschied zwischen

---

[1]) Max Rümelin, Die Verwendung der Kausalbegriffe in Zivil- und Strafrecht im Arch. ziv. Prax. Bd. 90 S. 171 ff.

[2]) vgl. Lütje, Ist fahrlassige Täuschung eine unerlaubte Handlung im Sinne des § 823 BGB.? S. 29 a. a. O.

den Verletzungen durch rechtmäßiges und widerrechtliches Handeln deutlich zutage. Im übrigen ändert Lütjes Ansicht an dem Resultat nichts. Ist jemand berechtigt eine Handlung vorzunehmen, so müßte das nach Lütjes Ansicht ein Grund sein, der die Widerrechtlichkeit ausschlösse. Ich muß aber der Auffassung Lütjes entgegentreten, schon deshalb, weil sie eine Umdrehung der Beweislast bedeuten könnte. Der Geschädigte muß beweisen, daß das Handeln des Schädigenden widerrechtlich war, während nach Lütjes Ansicht logischerweise der Schädigende beweisen müsste, daß er zu seinem Handeln berechtigt war; der Schädigende müßte also den Exkulpationsbeweis führen.

Im übrigen sei in betreff des widerrechtlichen Vertiefens auf die Kapitel 7—9 des 1. Teiles erwiesen.

Außer der objektiven Widerrechtlichkeit erfordert § 823 subjektive Widerrechtlichkeit, Verschulden, Vorsatz oder Fahrlässigkeit. Es fragt sich: worauf hat sich das Verschulden zu beziehen?

Daß das Verschulden sich auf den Schaden bezieht, daß der Schädigende den Schaden voraussah oder voraussehen mußte, wird nicht verlangt; § 704 des Entw. 1 verlangte, daß der Täter den angerichteten Schaden vorausgesehen hatte oder voraussehen mußte. Von der Beziehung des Verschuldens auch auf den Schaden sah aber schon § 746 I des Entw. 2 ab, der vorbildlich für § 823 des BGB. wurde.

Es braucht sich das Verschulden nur auf den Haftungsbegründenden Vorgang zu beziehen, und zwischen diesem und dem Schaden lediglich Kausalzusammenhang zu bestehen.

Der haftungsbegründende Vorgang ist nun das Vertiefen in der Art, daß das Nachbargrundstück die erforderliche Stütze verliert. Auf diese Handlung muß sich das Verschulden beziehen. Wenn der vertiefende Eigentümer voraussah, oder voraussehen mußte, daß das Nachbargrundstück die erforderliche Stütze verliert, haftet er für den daraus entstehenden Schaden im ganzen Umfang, gleichgültig, ob er diesen ermessen konnte oder nicht. Die Frage, ob sich das Verschulden auf die Widerrechtlichkeit beziehen müsse, ob insbesondere ein ent-

schuldbarer Irrtum über das Vorhandensein der Widerrechtlichkeit die Haftung auf Schadensersatz ausschließt, ist nach der herrschenden Ansicht, die sowohl, wie Lütje[1]) nachweist, durch die Entstehungsgeschichte des § 823 BGB. als auch durch § 231 BGB. gestützt wird, zu bejahen.

Wenn nun gesagt ist, daß der vertiefende Grundeigentümer nur dann für den durch das Vertiefen dem Nachbar zugefügten Schaden haftet, wenn er, ohne für andere Befestigung zu sorgen, soweit vertiefte, daß das Nachbargrundstück die erforderliche Stütze verlor, obwohl er dies voraussah oder voraussehen mußte, so fragt es sich, weshalb denn § 909 nicht die Fassung des § 865 des Entw. 1 behielt. § 865 des Entw. 1 lautete: „In der Nähe eines Nachbargrundstücks ist ein solches Vertiefen des Erdbodens unzulässig, von welchem vorauszusehen ist, daß dem Boden des Nachbargrundstücks die erforderliche Stütze entzogen wird, es sei denn, daß für eine genügende anderweitige Stütze gesorgt ist." Der Entwurf zweiter Lesung änderte die Bestimmung in seinem § 823 so ab, wie sie in das Bürgerliche Gesetzbuch übergegangen ist. In § 909 des BGB. wird also Voraussehen und Voraussehen müssen nicht mehr verlangt.

Wäre die Schadensersatzpflicht aus § 909 selbst zu konstruieren, wie die Entscheidung des Oberlandesgerichts Kassel versuchte, so würde sich der Unterschied ohne weiteres ergeben.

Nach der hier gewählten Konstruktion wäre hinsichtlich der Schadensersatzpflicht die nochmalige Bestimmung des Verschuldens überflüssig gewesen, aber auch nicht ganz.

Aus der Abänderung zu folgern, daß nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch das Verschulden für die Ersatzpflicht nicht mehr erforderlich sei, ist unhaltbar.

Der gewaltige Unterschied zwischen der Fassung des Entwurfs 1 und dem Bürgerlichen Gesetzbuch liegt auf anderem Gebiete. § 865 des Entw. 1 bestimmte, daß ein Vertiefen erst rechtswidrig war, wenn es zugleich subjektiv verschuldet war,

---

[1]) a. a. O.

indem er für unzulässig erklärt ein verschuldetes Handeln in der angegebenen Art. Das ist einmal von weittragender Bedeutung für die Frage, inwiefern kann der Nachbar mit dinglichen Klagen dem widerrechtlich vertiefenden Eigentümer entgegentreten. Weiterhin besteht aber auch hinsichtlich des Schadensersatzanspruchs zwischen den beiden Fassungen insofern ein Unterschied, als der Schadensersatzanspruch aus dem Prinzip der Billigkeit gemäß § 829 des BGB. nach der Fassung des Entw. 1 überhaupt nicht denkbar wäre. § 829 BGB. statuiert in gewissen Fällen eine Schadensersatzpflicht, auch wenn kein Verschulden vorliegt, wenn die Handlung nur objektiv widerrechtlich ist. Im Entw. 1 gibt es aber keine objektive Widerrechtlichkeit des Vertiefens, ohne daß nicht auch Verschulden dazu käme. Die Verbindung des Erfolges mit dem subjektiven Verschulden macht die Handlung nach Entw. 1 erst zur widerrechtlichen. Also die Haftung ist nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch gegenüber dem Entw. 1 durch die Abänderung des § 865 des Entw. 1 in § 909 des BGB. wesentlich erweitert worden.

Vierzehntes Kapitel.

Der Abs. 2 des § 823 des BGB.

BGB. Abs. 2 lautet: „Die gleiche Verpflichtung trifft denjenigen, welcher gegen ein den Schutz eines andern bezweckendes Gesetz verstößt. Ist nach dem Inhalte des Gesetzes ein Verstoß gegen dieses auch ohne Verschulden möglich, so tritt die Ersatzpflicht nur im Falle des Verschuldens ein.“

Auf den Streit, der sich um die Frage entsponnen hat, was unter einem den Schutz eines andern bezweckenden Gesetz zu verstehen sei, und welcher Art gesetzlicher Vorschriften das Gesetz angehören muß, näher einzugehen, bedarf es nicht. § 909 bezweckt den Schutz des Nachbars; es soll dessen Grundstück nicht der erforderlichen Stütze beraubt werden und damit ist selbst der sehr eng gefaßten Interpretation von Lenel[1]) genügt. Daß auch privatrechtliche Vorschriften Schutzgesetze im

[1]) Lehnel in der DJZ. 1897 Nr. 24 S. 41.

Sinne des § 823, 2 sein können, wird heute nur noch von wenigen Schriftstellern[1]) bestritten.

Es fragt sich nun, wird im Gegensatz zu § 823 Abs. 1 die Haftung des Grundeigentümers, der sein Grundstück vertieft, für den dem Nachbar dadurch zugefügten Schaden erweitert?

Wenn man den Begriff des Schutzgesetzes soweit faßt, daß darunter jede Rechtsnorm zu verstehen ist, die zum Schutze von Interessen andrer erlassen ist, so muß man, wie Langerfeld[2]) ausführlich klarlegt, eine Scheidung vornehmen, die sich aus den haftungsbegründenden Tatsachen ergibt. Langerfeld[3]) weist darauf hin, daß bei einer Gruppe von Schutzgesetzen deren Übertretung zugleich den Erfolg in sich schließt, und gegen die man gar nicht verstoßen kann, ohne das durch das Gesetz geschützte Interesse oder die geschützte Person zu verletzen. Den Gegensatz bildet die zweite Gruppe von Gesetzen, welche nicht die Verletzung, sondern die Gefährdung der geschützten Interessen hintanhalten wollen und, um Gefahren vorzubeugen, Handlungen gebieten oder verbieten. Bei diesen Schutzgesetzen bildet die Übertretung des Gesetzes nicht notwendig den Tatbestand einer Verletzung des geschützten Interesses bezw. der geschützten Person; ein Schutzgesetz dieser Art kann auch übertreten werden, ohne daß das geschützte Interesse verletzt wird. Beide Gruppen unterscheiden sich dadurch, daß bei den Fällen der ersten Gruppe die haftungsbegründende Tatsache die Verletzung der fremden Rechtssphäre, d. h. die Verletzung des fremden Rechtsgutes ist, genau wie bei Abs. 1 des § 823; bei den Fällen der zweiten Gruppe ist die haftungsbegründende Tatsache der bloße Verstoß gegen das Gesetz. Mit Träger[4]) bezeichnet Langerfeld diese letztere Gruppe als Schutzgesetze im engeren Sinne.

---

[1]) v. Liszt, Kuhlenbeck, Cosack, Enneccerus zit. bei Langerfeld. Welche Bestimmungen des BGB. sind Schutzgesetze im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB. a. a. O. S. 10.

[2]) a. a. O.

[3]) a. a. O. S. 13.

[4]) Langerfeld a. a. O. S. 15.

Aus der Verschiedenheit der haftungsbegründenden Tatsachen ergibt sich nun die verschiedene Art der Haftung.

„Allgemein wird gelehrt, daß bei einer unerlaubten Handlung nach § 823 Abs. 1 das Verschulden des Täters sich auf die Verletzung des Rechtes oder Rechtsgutes, d. h. auf den Erfolg der Willensbetätigung beziehen muß, daß aber im Falle der Anwendbarkeit des § 823 Abs. 2 sich das Verschulden nur auf die Gesetzesübertretung selbst, auf die Willensbetätigung zu beziehen braucht, nicht auch auf den Erfolg der Willensbetätigung.“ [1])

Damit tritt aber nur bei den Schutzgesetzen im engeren Sinne der Haftungsunterschied zwischen den beiden Absätzen zutage. Bei den übrigen läßt sich keine Verschiedenheit der Haftung gegenüber den Fällen des Abs. 1 finden, weil nur bei den Schutzgesetzen im engeren Sinne die haftungsbegründende Tatsache, auf die sich das Verschulden beziehen muß, lediglich der Verstoß gegen das Schutzgesetz, bei den übrigen die Verletzung des Rechtsgutes selbst ist.

Die Frage: gehört § 909 zu den Schutzgesetzen im engeren Sinn? ist zu verneinen. Der Verstoß gegen § 909 ist nur dann möglich, wenn die Verletzung der fremden Rechtssphäre erfolgt, wenn das Nachbargrundstück die erforderliche Stütze verliert.

Wendet man nun die oben entwickelten Grundsätze über die Art der Haftung auf den Fall des Vertiefens eines Grundstücks an, so ergibt sich, daß die Haftung sowohl nach Abs. 1 als auch nach Abs. 2 durchaus die gleiche ist; daß der Grundeigentümer nur haftet, wenn er sein Grundstück soweit vertieft — obwohl er es voraussah oder hätte voraussehen müssen — daß das Nachbargrundstück ohne genügende anderweite Befestigung die erforderliche Stütze verlieren würde.

Nun fragt es sich, wenn nach beiden Absätzen des § 823 die Haftungsfrage entschieden werden kann, nach welchem ist dann zu entscheiden?

Viele Gerichte[2]) begründen die Haftung des vertiefenden Grundeigentümers aus § 823 Abs. 2. Sämtliche Schriftsteller sind

---

[1]) vgl. Langerfeld a. a. O. S. 15.

[2]) vgl. auch RG. Bd. 51 S. 177.

darüber einig, daß die Bestimmung des Abs. 2 einen ergänzenden Charakter trägt.[1])

In welcher Richtung nun der ergänzende Charakter sich zeigt, darüber bestehen die größten Meinungsverschiedenheiten.

Die einen erblicken eine Erweiterung des rechtlich geschützten Interesses, zumal wenn nach ihrer Ansicht der Ausdruck „oder ein sonstiges Recht" in Abs. 1 möglichst eng zu interpretieren sei. Ganz abgesehen davon, daß ich auf dem Standpunkt der extensiven Interpretation dieses Ausdrucks stehe, wird in unserem Falle doch durch Abs. 2 der Kreis der geschützten Rechtsgüter nicht erweitert. Die zweite Kommission bezeichnete als notwendige Voraussetzung der Ersatzpflicht aus § 823 Abs. 2, daß gerade das Interesse verletzt sein muß, dessen Schutz das betreffende Gesetz bezweckt.[2])

Das in § 909 geschützte Interesse ist aber Unversehrtheit des Grundeigentums, die aber schon durch § 823 Abs. 1 geschützt ist. Andere Schriftsteller erblicken in § 823 Abs. 2 eine Erweiterung des Begriffes: Verschulden.[3])

Aber wie im vorhergehenden gezeigt ist, tritt für unseren Fall keine erweiterte Haftung ein.

Wündisch[4]) steht nun auf dem Standpunkt, daß die Schutzgesetzbestimmung — im Zivilrecht — außer Anwendung zu bleiben habe, wenn die Übertretung des Schutzgesetzes mit der schuldhaften Schadenszufügung zusammenfällt, da Abs. 2 nur dann Interesse habe, wenn der Begriff des Verschuldens dadurch erweitert werden könnte. Ich möchte die Ansicht Wündischs insofern noch erweitern als Abs. 2 auch dann außer Anwendung zu bleiben habe, wenn außerdem der Kreis der zu schützenden Interessen nicht erweitert wird. Und da weder das eine, noch das andere durch Abs. 2 in unserem Falle erweitert wird, so halte ich die Entscheidung über die Schadensersatzpflicht im Falle der Grundstücksvertiefung nur aus § 823 Abs. 1 für richtig.

---

[1]) vgl. auch Prot. Bd. 2 S. 507; Denkschr. zum Entw. eines BGB. S. 100.
[2]) Prot. Bd. 2 S. 569 ff.; Langerfeld a. a. O. S. 17 zu Anm. 3.
[3]) Wündisch, Die Schutzgesetzbestimmung in § 823 Abs. 2 BGB. S. 36.
[4]) a. a. O.

Schluss.

Die Entwicklung, die die Frage nach der Schadensersatzpflicht des Grundeigentümers, der sein Grundstück vertieft, in dem deutschen Recht in seinem Abschluß durch das Bürgerliche Gesetzbuch genommen hat, ist gewiß den Forderungen des praktischen Lebens gerecht geworden. Dem Grundeigentümer ist die Möglichkeit geblieben, seinen Grund und Boden in allen Teilen auszunutzen und dabei ist doch gebührend Rücksicht auf den Nachbar genommen. Wenn der vertiefende Eigentümer schuldhaft so vertieft, daß des Nachbars Grundstück die erforderliche Stütze verliert, ist er dem Nachbar nach § 823 Abs. 1 schadensersatzpflichtig. Die gemeinrechtliche Entwicklung ermöglichte dem Grundeigentümer auch sein Grundstück zu vertiefen, wo und so viel er wollte. Er war auch schadenersatzpflichtig. Die Ersatzpflicht basierte aber nicht auf schuldhaftem Handeln des vertiefenden Eigentümers. Dieser brauchte sich an den Nachbar gar nicht zu stören. Vielmehr der Nachbar war gezwungen, auf sein Eigentum zu achten, jede Veränderung am Nachbargrundstück sorgfältig zu beobachten, den Nachbar darauf aufmerksam machen, daß das Vertiefen dem angrenzenden Grundstück aus gewissen Gründen schaden könnte, und ihn schließlich zu zwingen, die cautio damni infecti zu bestellen. Aus diesem förmlichen Versprechen haftete dann aber der vertiefende Eigentümer ohne Rücksicht auf etwaiges Verschulden. Diese Verteilung der Lasten erscheint sehr gerecht.

Das gemeine Recht verlangt vom Nachbar die Pflicht beizeiten gegen etwa drohenden Schaden sich zu sichern und den vertiefenden Grundeigentümer auf die Gefahr seines Tuns auf-

merksam zu machen. Hat er diese Pflicht erfüllt, so soll er schadlos gehalten werden ohne Rücksicht, ob der vertiefende Eigentümer schuldhaft oder schuldlos den Schaden verursacht hat.

Das Bürgerliche Gesetzbuch legt die ganze Pflichtenlast dem vertiefenden Eigentümer auf; dieser muß sorgen, daß der Nachbar nicht zu Schaden kommt. Dafür haftet er aber auch nur, soweit ihn ein Verschulden trifft, soweit er die Sorgfalt nicht aufgewendet hat, die man von ihm verlangen muß.

Literaturverzeichnis.

Archiv für bürgerliches Recht.

Archiv für die zivilistische Praxis. Bd. 90.

Archiv für praktische Rechtswissenschaft.

Bekker und **Pözl**, Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft.

Beling, Gemeinrechtliche Geltung der operis novi nuntiatio 1890.

Beling, Erläuterung des § 823 Abs. 2 des BGB. für das Deutsche Reich. Inaug.-Diss. Jena 1904.

Biermann, Sachenrecht. 2. Aufl. 1903.

Bolze, Praxis vom Reichsgericht in Zivilsachen.

Burckhard, Die operis novi nuntiatio. 1871.

Burckhard, Die cautio damni infecti. 1875.

Cosack, Das BGB. 3. Aufl. 1901.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reiches. 2. Aufl.

Dernburg, Pandekten. 7. Aufl.

Dellus, Über die Haftung für den Einsturz von Gebäuden und anderen Werken. Inaug.-Diss. Göttingen 1900.

Deutsche Juristenzeitung.

Eck, Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 1890.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. Bd. 52.

Festgabe der Göttinger Juristenfakultät für Ferdinand Regelsberger. 1901.

Heilfron, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs. 2. Aufl.

Hesse, Die Rechtsverhältnisse zwischen Grundstücksnachbarn. 2. Aufl. Jena.

Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts. Bd. 6 u. 38.

Jahrbücher der württembergischen Rechtspflege. Tübingen. Bd. 14. H. 3.

Juristische Wochenschrift.

Kretschmar, Einführung in das Grundrecht. 1903.

Krech, Rechte an Grundstücken nach den Entwürfen des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1889.

Linckelmann, Schadensersatzpflicht aus unerlaubten Handlungen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Berlin 1898.

Langerfeld, Welche Bestimmungen des BGB. sind Schutzgesetze im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB. Inaug.-Diss. Leipzig 1905.

v. Liszt, Die Deliktsobligationen im System des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Berlin 1898.

Lütje, Ist fahrlässige Täuschung eine unerlaubte Handlung im Sinne des § 823 des BGB. Inaug.-Diss. Rostock.

Luthardt, Die Grundlagen der Haftpflicht aus § 823 des BGB. Inaug.-Diss. Jena 1900.

Meisner, Das in Bayern geltende Nachbarrecht. 1901.

Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 1899.

Ortloff, Das deutsche Nachbarrecht von 1900 an. Jena 1900.

Planck, BGB. nebst Einführungsgesetz. 1. und 2. Aufl.

Randa, Der Besitz im österreichischen Rechte mit Berücksichtigung des gemeinen Rechts. 1895.

Das Recht. 10. V. 04.

Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts. Bd. 5.

Rheinisches Museum für Jurisprudenz.

v. Savigny, Besitz. 7. Aufl.

v. Schelhaß, Das Nachbarrecht nach gemeinem Recht und heutiger Praxis. Würzburg 1865.

Seufferts Archiv für die zivilistische Praxis.

Sintenis, Das praktische gemeine Zivilrecht. 2. Aufl. 1860.

Strohal, Der Sachbesitz nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Jena 1897.

Strohal, Der Besitz des Bürgerlichen Gesetzbuchs gegenüber dem römischen und gemeinem Recht. Jena 1900.

Stölzel, Die Lehre von der operis novi nuntiatio und dem interdictum quod vi aut clam. 1865.

Träger, Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht. Marburg 1904.

Turnau und **Förster,** Das Liegenschaftsrecht. 2. Aufl.

Unterholzner, Lehre vom römischen Recht von den Schuldverhältnissen. 1840.

Voß, Der Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 2 des BGB. Inaug.-Diss. Freiburg 1901.

Vangerow, Lehrbuch der Pandekten. 7. Aufl. 1869.

Wächter, Pandekten. 1881.

Windscheid. Lehrbuch der Pandekten. 8. Aufl. 1900.

Werr, Das Recht des Eigentümers zur Vertiefung seines Grundstücks nach gemeinem Recht und dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Inaug.-Diss. Erlangen 1896.

Wolff, Zur Lehre von der operis novi nuntiatio. 1891.

Wündisch, Die Schutzbestimmung in § 823 Abs. 2 des BGB. Inaug.-Diss. Straßburg 1905.

Zeitschrift für deutsches und bürgerliches Recht und französisches Zivilrecht, letzteres mit besonderer Berücksichtigung des Zwischenrechts.

Zeitschrift für Zivilrecht und Zivilprozeß.

Zimmermann, Der § 823 des Bürgerlichen Gesetzbuchs in der Rechtsprechung des Reichsgerichts. Inaug.-Diss. Heidelberg 1905.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.